CLÓVIS JUAREZ KEMMERICH

ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL

Porto Alegre
Edição do Autor
2007

ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL

CLÓVIS JUAREZ KEMMERICH

ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL

Porto Alegre
Edição do Autor
2007

Agradeço aos Professores Humberto Ávila, Danilo Knijnik, Luís Afonso Heck e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pela orientação destes Estudos.

Lista de abreviaturas e siglas

§	parágrafo
§§	parágrafos
1Rs	1o Reis (livro bíblico)
a.C.	antes de Cristo
ADI	ação direta de inconstitucionalidade
Ag	agravo de instrumento (STJ)
AgR	agravo regimental
AI	agravo de instrumento
art.	artigo
arts.	artigos
ca.	*circa*, cerca de
cf.	conforme
CPC	Código de Processo Civil
d.C.	depois de Cristo
Dec.	Decreto
Des.	Desembargador
Desa.	Desembargadora
Dig.	Digesto
DJU	Diário da Justiça (da União)
DOU	Diário Oficial da União
E.U.A.	Estados Unidos da América
EC	Emenda Constitucional
ED	embargos de declaração
ed.	edição
edn	edition
etc.	et cetera
fl.	folha
HC	habeas corpus
ISBN	*International Standard Book Number*
julg.	julgado em (data)
l.	livro

MC	medida cautelar
Min.	Ministro ou Ministra
MP	medida provisória
MS	mandado de segurança
n.	número
Ord.	Ordenação
p.	página ou páginas
Pet.	petição
pr.	premissa
RE	recurso extraordinário
Rel.	Relator
REOAC	Remessa oficial e Apelação Cível
REsp	recurso especial
Rev.	Revisor
séc.	século
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	título
TCU	Tribunal de Contas da União
Tít.	Título
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Trad.	Tradutor
TRF	Tribunal Regional Federal
U.S.A.	United States of America
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
v.	*versus*
v.	volume
v.g.	*verbi gratia*
VF	Vara Federal
ZPO	Zivilprozessordnung

Sumário

1 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCEDIMENTAL

Resumo
Este estudo trata especificamente de três temas referentes ao princípio do devido processo legal na acepção procedimental: as suas funções; a autonomia das funções do princípio em relação às funções das demais normas processuais vigentes; e a comparação entre os modos como ele funciona nos E.U.A. e no Brasil.
Palavras-chave: princípios jurídicos, devido processo legal procedimental, direito constitucional.

Abstract
The study deals with three specific issues related to procedural due process of law: its functions; the autonomy of its functions in connection with the remaining procedural norms´ function; and the comparison between the way it works in the U.S.A and in Brazil.
Keywords: legal principles, procedural due process of law, constitutional law.

1.1 Introdução

Tratarei especificamente de três temas referentes ao princípio do devido processo legal na acepção procedimental: (a) as suas funções; (b) a autonomia das funções *do princípio* em relação às funções *das demais normas* processuais vigentes; e (c) a comparação entre os modos como ele funciona nos E.U.A. e no Brasil.

São temas importantes para um uso preciso e técnico do princípio. Se o devido processo tem uma função autônoma em relação às normas processuais vigentes, então sua observância pode ser exigida mesmo sem a ocorrência da violação de

qualquer dessas normas. Inclusive, o recurso extraordinário poderá ser interposto com base em contrariedade ao devido processo sem que, tratando-se de uma função autônoma, a ofensa seja considerada reflexa. Se, ao contrário, todas as funções do devido processo podem ser encontradas entre as funções das normas processuais, se forem, inclusive, as normas processuais vigentes que definem (ou fornecem) as suas funções, então não será de boa técnica, em um caso concreto, invocar apenas a garantia do devido processo sem indicar de onde (de qual dos seus elementos) surge a específica garantia pretendida e jamais se poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei por ofensa ao devido processo.

Quanto ao modo como o devido processo funciona nos E.U.A., a importância dessa questão vem do fato de a Constituição brasileira de 1988 ter adotado, especialmente por influência do direito norte-americano, um conceito pré-existente na *common law*. Isso gera uma tendência normal a que se utilize o conceito com a mesma abrangência que ele possui no direito norte-americano, o que pode causar problemas em razão das diferenças entre os modelos jurídico-constitucionais de cada país. Para ilustrar, poderíamos dizer que um bloco de gelo possui as mesmas propriedades aqui ou na Groenlândia, mas apenas lá ele funciona como tijolo para construção de iglus. O que quero dizer é que, talvez (essa hipótese precisa ser testada), a nossa Constituição não permita que o princípio do devido processo funcione em tudo da mesma maneira que nos E.U.A.

1.2 O devido processo nas constituições dos E.U.A e do Brasil

Primeiramente, vejamos como o devido processo legal está previsto nas constituições dos E.U.A. e do Brasil.

> 5a Emenda da Constituição dos E.U.A. Nenhuma pessoa será ... privada da vida, liberdade, ou propriedade, sem *due process of law* ...[1]
> 14a Emenda, 1a Seção, da Constituição dos E.U.A. ... nem irá qualquer estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem *due process of law*; nem negar a qualquer pessoa na sua jurisdição a igual proteção das leis.[2]
>
> Constituição brasileira de 1988, art. 5o.
> LIV - *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*; [3]

---

1 Texto original: "U.S. Constitution. Amendment V. *No person shall* be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor *be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

2 Texto original: "U.S. Constitution. Amendment XIV. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

3 A expressão não aparecia nas constituições brasileiras anteriores à de 1988. Na jurisprudência do STF, manifestava-se timidamente. Em uma busca na página do STF na Internet, encontrei apenas quatro ementas anteriores a 5-10-1988 contendo a expressão "devido processo" - RE 91246/BA (a mais antiga,

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes;
> (...)
> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A Constituição brasileira adotou um conceito pré-existente que não pode ser ignorado. Se as palavras utilizadas pela Constituição não tivessem um significado antes de ser empregadas, a Constituição não conseguiria comunicar as suas normas. O *due process of law* já tinha um significado de tradição secular quando foi adotado pelo direito brasileiro. Com isso quero dizer que não podemos abrir a Constituição brasileira e ler lá a expressão "devido processo legal" como se ela tivesse sido cunhada nesse exato momento e o seu significado fosse um completo mistério a ser desvendado tão-somente pelo exame do restante do texto constitucional. O primeiro passo, portanto, consiste em verificar o significado pré-existente da expressão. Mas para isso não é preciso remontar a Conrado II[4] ou à Magna Carta. Na verdade, o mais correto, para ir direto ao ponto que nos interessa, é verificar o uso mais comum da expressão na

---

DJU 18-12-1981), MS 20656/DF, MS 20775/DF e RHC 66432/SP - e apenas uma com a expressão "due process of law" - RE 102299/PR.

4 "Even into the eleventh century such procedural requirements may be found, as in the decree of Conrad II in 1037 that 'no man shall be deprived of a fief [a feudal estate]... but by the laws of the empire and the judgment of his peers...'" (STUBBS, *Germany in the Middle Ages*, p. 147). Ver também PLUCKNETT, *A concise history of the common law*, p. 381.

jurisprudência da Suprema Corte norte-americana na época em que o direito brasileiro adotou o mesmo princípio.[5]

1.3 As funções do *due process* no direito norte-americano

A questão sobre o conteúdo essencial do princípio do *due process* foi diversas vezes enfrentada pela Suprema Corte, especialmente nas discussões sobre o significado que o princípio teria para os estados norte-americanos. Inicialmente, quando o *due process* estava previsto apenas na 5a Emenda, ele não era considerado obrigatório para os estados (ver Barron *v.* City of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833)). Essa situação mudou com a introdução da 14a Emenda, dirigida especificamente aos estados. Levantou-se, porém, uma questão: se o devido processo é um para o governo federal, com suas agências e tribunais, para os estados ele deveria ser o mesmo? Se não necessitasse ser o mesmo, então exatamente *o quê* estaria garantido pela 14a Emenda?

Os estados norte-americanos possuem regras processuais (*statutes and court's settled usage*) próprias, que variam de estado para estado e em muitos pontos diferem das regras federais. A Suprema Corte admitiu que o princípio não implica que um único procedimento seja o correto para todos os estados. Cada estado pode manter procedimentos próprios, pois *due process* significa apenas "o direito em seu curso regular de

[5] Neste estudo, quando falo em Suprema Corte, estou sempre me referindo à dos Estados Unidos, e quando falo em Supremo Tribunal Federal, ou, STF, estou sempre me referindo ao brasileiro. Não chamo o STF de Suprema Corte. Da mesma forma, a Constituição brasileira é assim denominada e jamais chamada de Magna Carta, denominação que utilizo especificamente para a Magna Carta da Inglaterra, de 1215.

administração, de acordo com as formas prescritas e em concordância com as regras gerais para a proteção dos direitos individuais" (Rowan *v.* The State, 30 Wis. 129, mantido em Hurtado *v.* California).[6] Pode haver procedimentos diferentes, que proporcionem as mesmas garantias, e que podem ser adotados por cada estado. O indiciamento pelo *Grand Jury*, por exemplo, mesmo estando previsto na Constituição norte-americana, foi considerado substituível por um indiciamento com base em informações, como era feito no estado da California, conforme decidido em Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884), precedente histórico, ainda hoje citado.

Retomando a questão: se o procedimento não precisa ser o mesmo em todos os lugares, então quando é que uma regra procedimental é contrária ao *due process* garantido pela Constituição? A resposta a essa questão deve indicar as funções autônomas do princípio. As decisões da Suprema Corte indicam que, sem alguns requisitos básicos, um procedimento não é *due process of law*. Decisões nesse sentido podem ser encontradas, por exemplo, em Den ex Dem. Murray *v.* Hoboken Land & Imp. Co., 59 U.S. 272 (1855), quando se julgou a validade de um procedimento sumário para recuperação de tributos federais e, mais tarde, no caso Hurtado *v.* California, já citado.

Note-se que, quando se questiona se um determinado procedimento é *due process*, a expressão *due process* já não está sendo empregada no sentido de princípio ou garantia. Um procedimento não *é* a garantia, mas ele *atende às* garantias do *due process*. Temos, portanto, (a) um princípio com um determinado conteúdo e temos (b) procedimentos que, em um caso concreto, podem ser adjetivados ou não como proporcionadores do estado de coisas preconizado pelo princípio.

---

[6] Texto original: "... law in its regular course of administration, according to prescribed forms and in accordance with the *general rules for the protection of individual rights*."

Que requisitos básicos (*fundamental principles*) seriam esses, que fazem com que um procedimento seja *due process*? Segundo a jurisprudência da Suprema Corte, para um procedimento ser *due process*, ele precisa passar por um exame desdobrado (*twofold*): (a) deve corresponder às *regras previstas* para o caso[7] e (b) deve consistir em um *procedimento justo* – "justiça procedimental é 'devido processo no sentido principal'." (Brinkerhoff-Faris Trust & Savings co. *v.* Hill, 281 U.S. 673 (1930)).[8] Nos E.U.A., isso quer dizer que um procedimento já consagrado, desde que não contrarie a Constituição, é *due process of law*, sem que, em geral, precise passar por outro teste da sua justiça.[9] O que não quer dizer que novos procedimentos não possam ser adotados, ou seja, mesmo o procedimento antigo sendo *due process*, a sua substituição por um novo não contraria o princípio,[10] desde que o novo procedimento passe no teste de

[7] "[I]t is possible that the Due Process Clause requires only 'that our Government must proceed according to the 'law of the land'--that is, according to written constitutional and statutory provisions.' In re Winship, 397 U. S. 358, 382 (1970)" (Hamdi *v.* Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004))

[8] Texto original: "Fairness of procedure is 'due process in the primary sense.'"

[9] "Traditional practice (unless contrary to the Bill of Rights) is conclusive of 'fundamental fairness'. ... It does not say that every practice sanctioned by history is constitutional." (Pacific Mutual Life Insurance Co. *v.* Haslip, 499 U.S. 1 (1991))

[10] "The Clause does place limits upon restriction of the right to introduce evidence, but only where the restriction "offends some *principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental*." See Patterson *v.* New York, 432 U.S. 197, 201 -202. . . . The *primary guide* in making such a determination, *historical practice*, gives respondent little support. . . . The Due Process Clause does not bar States from making changes in their criminal law that have

sua justiça.[11] Analisemos, em maior detalhe, cada um desses requisitos.

1.3.1 O modo normal estabelecido pelo direito (*the ordinary mode prescribed by the law*)

A primeira função, que condiciona a privação de direitos à observância das formas (regras procedimentais) existentes, remonta à Magna Carta, onde "by the law of the land" ou "per legem terrae" pode ser interpretado como "de acordo com as leis costumeiras do reino", o que impediria ações arbitrárias do rei.[12] Como exemplos, podem ser citados os seguintes trechos de Hurtado *v.* California:

> ... as palavras 'due process of law' ... significam o direito em seu curso regular de administração, de acordo com as formas prescritas e em concordância com as regras gerais para a

---

the effect of making it easier for the prosecution to obtain convictions." (Montana *v.* Egelhoff, 518 U.S. 37 (1996))

11 "Hurtado, then, clarified the proper role of history in a due process analysis: if the government chooses to follow a *historically approved procedure,* it necessarily *provides due process*, but *if it chooses to depart from historical practice, it does not necessarily deny due process*. The remaining business, of course, was to develop a test for determining when a departure from historical practice denies due process. ... The concept of "*fundamental justice*" thus entered the due process lexicon not as a description of what due process entails in general, but as *a description of what it entails when traditional procedures are dispensed with*." (Pacific Mutual Life Insurance Co. *v.* Haslip, 499 U.S. 1 (1991))

12 Ver WASSERMAN, *Procedural Due Process*, p. 2.

> proteção dos direitos individuais. ... A melhor e mais ampla definição de *due process of law* é a de que isso significa direito em seu curso regular de administração através das cortes de justiça. (Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884))[13]

Outros casos em que esse aspecto do princípio é ressaltado: Hamdi *v.* Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004) e Dixon *v.* United States, 548 U. S. ___ (2006).

Essa função do princípio depende das normas processuais existentes e nada lhes acrescenta. Ou, talvez, se possa ver um elemento normativo autônomo nesse aspecto do princípio, que consistiria no bloqueio de procedimentos *ad hoc*, ou seja, fora do modelo correspondente ao caso. O princípio conferiria, nesse caso, um direito subjetivo à não-submissão a procedimentos estranhos ao modo normal previsto pelo direito para uma determinada classe de casos (eficácia externa subjetiva, função de defesa ou de resistência).[14]

1.3.2 Justiça procedimental, com direito de ser ouvido (*fairness of procedure, with the right to be heard*)

---

13 Texto original: “And the words ‘due process of law’ in the amendment do not mean, and have not the effect, to limit the powers of State governments to prosecutions for crime by indictment, but these words do mean law in its regular course of administration, *according to prescribed forms* and in accordance with the general rules for the protection of individual rights. ... The better and larger definition of due process of law is that it means *law in its regular course of administration* through courts of justice.” (Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884))

14 Sobre as eficácias e funções dos princípios, ver ÁVILA, *Teoria dos princípios,* p. 82.

Quanto ao segundo aspecto, geralmente denominado procedimento justo, o seu conteúdo é bem mais difícil de definir. A Suprema Corte, diversas vezes, renunciou à tarefa, tida como impossível ou indesejável, de enunciá-lo com precisão (*v.g.* Moyer *v.* Peabody, 212 U.S. 78 (1909) e Anti-Fascist Committee *v.* Mcgrath, 341 U.S. 123 (1951)).

Ainda assim, mesmo com toda essa amplitude ou vagueza, pode-se perceber na jurisprudência da Suprema Corte que um procedimento, para ser justo,[15] precisa *proteger as pessoas contra o arbítrio,* e seu principal elemento seria o direito de ser ouvido (*right to be heard*), ou seja, o contraditório. Confira-se, por exemplo, os mais alguns trechos de Hurtado *v.* California:

> As palavras [*due process of law*] da Magna Carta, ... pretendiam proteger o indivíduo do exercício arbitrário dos poderes do governo. ... Mr. Cooley, Constitutional Limitations, 36: "O processo, administrativo e judicial, pode ser alterado de tempos em tempos, mas somente com a devida consideração dos limites estabelecidos para a proteção do cidadão." (Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884))[16]

---

[15] O procedimento justo não se resume às garantias constitucionais: "Winship undoubtedly *rejected* the notion that all of the required incidents of a *fundamentally fair trial* were to be found in the *provisions of the Bill of Rights*" (Albright *v.* Oliver, 510 U.S. 266 (1994)).

[16] Texto original: "As to the words from Magna Charta, incorporated into the Constitution of Maryland, after volumes spoken and written with a view to their exposition, the good sense of mankind has at last settled down to this: that they were *intended to secure the individual from the arbitrary exercise of the powers of government*, unrestrained by the established principles of private right and distributive justice. And the conclusion rightly deduced is, as stated by Mr. Cooley,

Outros julgados que citam expressamente a função de proteção contra o arbítrio: Hagar *v.* Reclamation Dist. 111 U.S. 701 (1884), In re Winship, 397 U.S. 358 (1970) e Poe *v.* Ullman, 367 U.S. 497, 543 (1961).

Contudo, a proteção contra o arbítrio não indica exatamente um *requisito*, mas apenas uma *finalidade* geral. Como requisito principal, e independente de qualquer outra previsão, a jurisprudência da Suprema Corte costuma citar o direito de ser ouvido (*right to be heard*), em um sentido amplo de direito de defender-se. Alguns exemplos:

> Por mais de um século, o significado central de *procedural due process* tem sido claro: "As partes cujos direitos estão para ser afetados têm o direito de ser ouvidas; e para que elas possam aproveitar esse direito, elas devem ser previamente notificadas." ... É igualmente fundamental que o direito a notificação e uma oportunidade de ser ouvido "precisam ser garantidos em um tempo e um modo significativos". (Fuentes *v.* Shevin, 407 U.S. 67 (1972))[17]

Constitutional Limitations, 36: "The principles, then, upon which the process is based are to determine whether it is 'due process' or not, and not any considerations of mere form. Administrative and remedial *process may [p528] be changed from time to time,* but *only with due regard to the landmarks established for the protection of the citizen*."

[17] Texto original: "For more than a century, the *central meaning* of procedural due process has been clear: 'Parties whose rights are to be affected are *entitled to be heard*; and in order that they may enjoy that right, they *must first be notified*." Baldwin *v.* Hale, 1 Wall. 223, 233. See Windsor *v.* McVeigh, 93 U.S. 274; Hovey *v.* Elliott, 167 U.S. 409; Grannis *v.* Ordean, 234 U.S. 385. It is equally fundamental that the *right to notice and an opportunity to be heard* "must be granted *at a meaningful time and in a*

> O Tribunal reconhece que em geral a garantia do devido processo "inclui o direito de ser ouvido onde a liberdade ou a propriedade estejam em risco em procedimentos judiciais." (Ownbey *v.* Morgan, 256 U.S. 94 (1921))[18]
>
> Nem há dúvida de que citação e contraditório sejam requisitos para *due process* em procedimentos civis. (Anti-Fascist Committee *v.* Mcgrath, 341 U.S. 123 (1951))[19]

A garantia de um processo justo não garante o melhor dos procedimentos.[20] Mas se alguma das normas existentes, além de

---

meaningful manner.' Armstrong *v.* Manzo, 380 U.S. 545, 552." (Fuentes *v.* Shevin, 407 U.S. 67 (1972)).

18 Texto original: "The Court acknowledged that *in general* the due process guarantee '*includ[es]* the *right to be heard* where liberty or property is at stake in judicial proceedings.'"

19 Texto original: "Nor is there doubt that *notice and hearing are prerequisite to due process* in civil proceedings."

20 "*The due process clause does not impose upon the States a duty to establish ideal systems for the administration of justice, with every modern improvement and with provision against every possible hardship* [privation, suffering] *that may befall* [vir a acontecer] . . . However desirable it is that the old forms of procedure be improved with the progress of time, it cannot rightly be said that the Fourteenth Amendment furnishes a universal and self-executing remedy. Its function is negative, not affirmative, and it carries no mandate for particular measures of reform." (Ownbey *v.* Morgan, 256 U.S. 94 (1921) reafirmado recentemente em Honda Motor Co., Ltd. *v.* Oberg, 512 U.S. 415 (1994)).

"In fact, most of our Due Process decisions involve arguments that traditional procedures provide too little protection and that additional safeguards are necessary to ensure compliance with the

não ser a melhor possível, ainda operar *contra* a realização dos valores protegidos pelo princípio, ele pode desempenhar uma *função bloqueadora* dessa norma. A possibilidade do controle de constitucionalidade com base no *due process* certamente demonstra um conteúdo autônomo. Há muitos exemplos da aplicação do princípio nesse sentido. Um deles pode ser visto em Vlandis *v.* Kline, 412 U.S. 441 (1973):[21] As universidades estaduais de Connecticut cobravam taxa de ensino (*tuition fee*) mais elevada dos não-residentes no estado. Uma lei estadual estabelecia a presunção absoluta de que, para fins da taxa de

---

Constitution." (Honda Motor Co., Ltd. *v.* Oberg, 512 U.S. 415 (1994))

"The Due Process Clause *does not require heroic efforts by the Government to assure the notice's delivery*, (...). Even if the current procedures improve delivery to some degree, *this Court has never held that improvements in the reliability of new procedures necessarily demonstrate the infirmity of those that were replaced*." (Dusenbery *v.* United States, 534 U.S. 161 (2002))

[21] Trecho do acórdão: "*Statutes creating permanent irrebuttable presumptions have long been disfavored under the Due Process* Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments. In Heiner *v.* Donnan, 285 U.S. 312 (1932), the Court was faced with a constitutional challenge to a federal statute that created a conclusive presumption that gifts made within two years prior to the donor's death were made in contemplation of death, thus requiring payment by his estate of a higher tax. In holding that this *irrefutable assumption was so arbitrary and unreasonable as to deprive the taxpayer of his property without due process of law*, the Court stated that it had "held more than once that a statute creating a presumption which operates to deny a fair opportunity to rebut it violates the due process clause of the Fourteenth Amendment." (Vlandis *v.* Kline, 412 U.S. 441 (1973)).

ensino, seriam não-residentes: (a) os casados cujo endereço fosse fora do estado no momento da solicitação de vaga (*application*) e (b) os solteiros com endereço fora do estado em qualquer período do ano anterior ao da solicitação de vaga. A Suprema Corte decidiu que o *due process of law* não permitia que Connecticut negasse a alguém o direito de apresentar provas de residência de boa-fé. Nesse mesmo caso, foram citados diversos precedentes que haviam bloqueado normas que estabeleciam presunções absolutas.

Outros exemplos de aplicação, ou pelo menos menção, do princípio com uma *função bloqueadora*: Den ex Dem. Murray *v.* Hoboken Land & Imp. Co., 59 U.S. 272 (1855); Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884); Hamdi *v.* Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Montana *v.* Egelhoff, 518 U.S. 37 (1996) e Anti-Fascist Committee *v.* Mcgrath, 341 U.S. 123 (1951).

A função bloqueadora deve ser necessariamente excepcional, isto é, requer motivos fortes para operar,[22] pois se ela operasse na maioria dos casos, se fosse o ordinário, eliminaria o ideal de observância de uma forma regular de procedimento para aplicação do direito, que é uma das idéias centrais do *due process of law.*[23]

---

[22] Como, por exemplo, o fato de a norma prevista inviabilizar garantias básicas do próprio devido processo legal, como o contraditório ou a igualdade. Entendimento também adotado pelo STF: "A ampla defesa prevista no texto constitucional ocorre nas circunstâncias estabelecidas em lei e, a menos que esta última acabe por inviabilizá-la, não se tem como concluir pela transgressão ao preceito." (STF, AI-AgR 142847/SP, Min. Marco Aurélio, DJU 5-2-1993)

[23] "[P]unitive damages assessed under common-law procedures are far from a fossil, or even an endangered species. They are (regrettably to many) vigorously alive. To effect their elimination *may well be wise*, but *is not the role of the Due Process Clause*.

Para os casos em que não há regras procedimentais previstas, o princípio realiza uma *função integrativa*, ou seja, garante diretamente os direitos processuais fundamentais, como a notificação prévia e o contraditório. Exemplos:

a) No estado de Michigan, a lei diz que não tem direito à indicação de um advogado para elaborar a apelação quem se declara culpado ou recusa a oportunidade de contestar (*nolo contendere*). No caso Halbert *v.* Michigan 545 U. S. ___ (2005), a Suprema Corte anulou o acórdão da Corte de Apelação, para que fosse indicado um advogado ao recorrente. Nesse ponto, a função foi mais bloqueadora do que integrativa. Mas a Suprema Corte apontou, ainda, como razão de decidir, o fato de o recorrente não ter sido informado com clareza de que, no seu caso, não teria direito a um advogado.[24] Ao fazê-lo, tudo indica, aplicou o princípio em uma função integrativa.

b) Em Goss *v.* Lopez, a Suprema Corte afirma que, para a suspensão de qualquer aluno das escolas públicas, o *due process of law* garante (função integrativa) ao menos uma notificação descrevendo as acusações que pendem contra ele e uma oportunidade para apresentar o seu lado da história:

'Its *function is negative, not affirmative,* and it carries no mandate for particular measures of reform.' Ownbey, 256 U. S., at 112." (Pacific Mutual Life Insurance Co. *v.* Haslip, 499 U.S. 1 (1991))

[24] Trechos do acórdão: "*Moreover, as earlier observed, the trial court did not tell Halbert, simply and directly, that in his case, there would be no access to appointed counsel*. See supra, at 6-7; cf. Iowa *v.* Tovar, 541 U.S. 77, 81 (2004) ('Waiver of the right to counsel, as of constitutional rights in the criminal process generally, *must be a knowing, intelligent ac[t] done with sufficient awareness of the relevant circumstances*.'" (quoting Brady *v.* United States, 397 U.S. 742, 748 (1970)).

> O devido processo requer, em conexão com uma suspensão de 10 dias ou menos, que o estudante receba uma notificação oral ou escrita das acusações contra ele e, se ele as negar, uma explanação das provas que as autoridades possuem e uma oportunidade para apresentar o seu lado da história. (Goss *v.* Lopez, 419 U.S. 565 (1975))[25]

Tendo em mente as funções normativas do *due process* que foram identificadas acima – procedimento pelas formas jurídicas existentes e procedimento justo, com inclusão do contraditório – pode-se adotar como síntese a seguinte passagem de Hagar *v.* Reclamation Dist. 111 U.S. 701 (1884):

> É suficiente observar aqui que por "devido processo" se quer dizer um que, seguindo as formas jurídicas, seja apropriado para o caso e justo para com as partes que serão afetadas. Ele deve ser buscado pelo *modo normal prescrito pelo direito*; ele deve ser adaptado ao fim a ser atingido; e sempre que seja necessário para a proteção das partes, ele deve lhes *dar uma oportunidade de serem ouvidas* em relação à justiça do julgamento visado.[26]

---

[25] Texto original: "*[D]ue process requires*, in connection with a *suspension of 10 days or less*, that the student be given *oral or written notice* of the charges against him and, if he denies them, *an explanation of the evidence the authorities have and an opportunity to present his side of the story*."

[26] Texto original: "It is sufficient to observe here that by 'due process' is meant one which, following the forms of law, is appropriate to the case, and just to the parties to be affected. Ele It must be *pursued in the ordinary mode prescribed by the law*; it must be *adapted to the end to be attained; and wherever it is necessary for the protection of the parties*, it must give them an *opportunity to be heard* respecting the justice of the judgment sought."

1.4 O devido processo legal procedimental no direito brasileiro

Até aqui, tratei do conceito norte-americano de *due process of law*. Quando a Constituição brasileira adotou o princípio do *devido processo legal*, o fez com referência clara a esse princípio do direito norte-americano. Seria um grande engano ler a expressão utilizada na Constituição brasileira sem a pré-compreensão do seu significado anterior. Um exemplo talvez esclareça o que quero dizer.

> Exemplo: Um determinado país que estabelecesse, em sua constituição, que ninguém seria privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo jurídico, mas ao mesmo tempo fizesse a ressalva de que contra as acusações movidas por oficiais do exército ou pelo ministério público os acusados jamais teriam direito de ser ouvidos.

Não se poderia dizer que uma constituição como a do exemplo tenha adotado realmente o *due process of law*, mas apenas que adotou um conceito *particular* com a mesma expressão lingüística. Um texto normativo não deve dar outro significado às expressões “Estado de Direito” ou “devido processo legal”, que não aqueles conhecidos historicamente. Em vez de fazê-lo, seria melhor então não utilizar essas expressões e criar as suas próprias. Mas é inteiramente acertada a observação do Professor Humberto Ávila no sentido de que *é preciso verificar como esses conceitos funcionam quando inseridos em diferentes sistemas*.[27]

---

[27] Aula proferida na Pós-Graduação em Direito da UFRGS, em 23-8-2006.

Vejamos, então, como o princípio do devido processo funciona no direito brasileiro. Primeiramente, tentarei comparar os mesmos pontos que, conforme visto acima, são considerados da essência do princípio no direito norte-americano.

1.4.1 O respeito ao procedimento previsto para cada classe de casos

Não há nada em nossa Constituição que vá contra a idéia de respeito às formas previstas para cada classe de casos (*the ordinary mode prescribed by the law*, nas palavras da Suprema Corte), ao contrário, há outros princípios constitucionais expressos, como o do Estado de Direito (art. 1o) e o da legalidade (arts. 5o, II e 37), que também a afirmam. A jurisprudência do STF a consagra como um dos significados do princípio do devido processo legal. Vejamos alguns exemplos:

No AI-AgR-ED-AgR 181142/SP, o STF não conheceu de uma "argüição de nulidade do acórdão", por não se tratar de um recurso previsto nas normas processuais em vigor. "O devido processo legal compreende a existência de normas legais preestabelecidas" – disse o Ministro Carlos Velloso.

No Pet-AgR 2066/SP, o Presidente do STF manteve a suspensão de uma liminar que havia sido deferida sem a observância do procedimento previsto em lei. A invocação de outros princípios, por parte dos recorrentes, foi enfrentada na decisão:

> [O] cumprimento de tais princípios ... [faz-se] num devido processo legal. É dizer, num processo disciplinado por normas legais, cuja observância se impõe, a menos que se revelem inconstitucionais, declarada a inconstitucionalidade, também,

num devido processo legal. Fora daí, tem-se a balbúrdia processual...” (Min. Carlos Velloso, trecho do voto)

No RE 413327, o devido processo funcionou para garantir que a cassação de um vereador não ocorresse de forma diversa da estabelecida pelo regimento de uma Câmara de Vereadores. O STF reconheceu ofensa direta e frontal ao princípio do devido processo legal e decretou a nulidade da decisão da Câmara de Vereadores, que não havia seguido integralmente a forma regimental.

No HC 86022/SP, ficou expresso que o devido processo é aquele previsto nas regras processuais, mesmo que se possa pensar em outro melhor (no caso, para o réu em processo criminal). O princípio do devido processo não significa – diz a ementa – “a adoção do melhor dos procedimentos, mas sim que o procedimento incidente, segundo as regras processuais, atenda às referidas garantias constitucionais”.

No AI-AgR 142847/SP, foi explicitada a idéia de que o princípio do devido processo impõe a observância das formas previstas em lei, a menos que estas inviabilizem a defesa, ou, conforme visto em outros julgados, a menos que estas sejam inconstitucionais.

O STF tem reconhecido – mas nesse ponto a sua jurisprudência é oscilante – que, como (a) o devido processo determina a observância da legislação comum, (b) a inobservância desta pode representar ofensa direta ao princípio constitucional. A jurisprudência do STF mostra-se oscilante apenas quanto à parte “b”, ou seja, quanto à *ofensa direta*. Precedentes: RE 158215/RS e RE 154159/PR. Conforme o Ministro Marco Aurélio, relator desses acórdãos, “conclusão diversa implica relegar à inocuidade os preceitos asseguradores da intangibilidade desses princípios, tão caros às sociedades que se dizem democráticas.” (trecho do voto do RE 154159).

O devido processo legal é um princípio constitucional que direciona "à observância de preceitos ordinários". Se a inobservância destes fosse sempre uma ofensa reflexa à Constituição, parte do devido processo restaria rebaixada ao nível infraconstitucional e o STF privado de sua competência para assegurá-la. Nos dois casos acima – descumprimento do processo previsto em estatuto de uma cooperativa e descumprimento do processo estabelecido em lei – esgotados os recursos junto aos demais tribunais, o STF analisou a ofensa ao princípio constitucional, consistente na inobservância de normas infraconstitucionais. Também em caso de inobservância da lei processual em processo dos Juizados Especiais, o STF já conheceu e deu provimento ao RE 260776, por ofensa ao devido processo legal (não houve intimação para a audiência em que as partes deveriam produzir provas).[28]

A diferença, nesse aspecto, entre a função do devido processo no Brasil e nos E.U.A., está apenas na fonte normativa dos procedimentos que devem ser adotados: no Brasil essas regras e princípios são de origem legislativa e nos E.U.A. são de origem legislativa e costumeira (*statutes and court's settled usage*). Conforme se observa na jurisprudência da Suprema Corte, mesmo com códigos de processo de origem legislativa, o

---

[28] "Conforme decidido pela Segunda Turma desta Corte, no julgamento do AI 335.076-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 07/02/2003, *o fato de os juizados especiais cíveis e criminais atenderem aos princípios da celeridade e da economia processual não pode provocar o desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal*. No presente processo, os recorrentes ficaram *impedidos de produzir prova em audiência* e de inquirir a testemunha arrolada, porque não foram intimados para esse ato processual de essencial para a apuração da verdade. O dano sofrido é inquestionável, pois o pedido deduzido pela recorrida foi julgado procedente." (STF, RE 260776, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 16-9-2005)

due process of law é geralmente procurado nos precedentes (Albright *v.* Oliver, 510 U.S. 266 (1994)).[29]

1.4.2 Um conteúdo genérico de proibição do arbítrio, oportunidade justa de defesa, procedimento justo e o contraditório como elemento essencial

Tal qual nos E.U.A., no Brasil o devido processo não se limita a assegurar a observância das regras existentes. Ele serve de critério para a invalidação de leis, decisões judiciais e atos administrativos que contrariem essa idéia genérica de proibição do arbítrio, oportunidade justa de defesa e procedimento justo, tendo o contraditório como elemento essencial, esteja ela consubstanciada em normas constitucionais expressas (contraditório, ampla defesa, igualdade) ou não. Vejamos alguns casos.

No processo de extradição n. 897, o STF deferiu a extradição para a República Tcheca, por entender, dentre outras coisas, que esse país assegura os direitos mínimos que estariam implícitos no princípio do devido processo legal, que seriam os seguintes: "as prerrogativas inerentes à *garantia da ampla defesa*, à garantia do *contraditório*, à *igualdade* entre as partes perante o *juiz natural* e à garantia de *imparcialidade* do magistrado processante." O acórdão cita o princípio do *devido processo* como fonte de alguns direitos processuais mínimos,

---

29 "To be sure, we have held that a criminal rule or procedure that does not contravene one of the more specific guarantees of the Bill of Rights may nonetheless violate the Due Process Clause if it 'offends some principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.' Medina *v.* California, 505 U.S. ___ (1992) (slip op., at 8) (quoting Patterson *v.* New York, 432 U.S. 197, 202 (1977))."

resumidos na expressão “fair trial”. O princípio, assim, foi aplicado em uma *função integrativa*, pois agregou ao ordenamento elementos normativos não previstos (ou os afirmou independentemente de outra previsão).

Na ADI-MC 1753/DF, o STF afirmou que “a igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*.” Nesse caso declarou-se a inconstitucionalidade da MP n. 1577-6/1997, que dava tratamento desigual às partes: elevava o *prazo para ação rescisória para 5 anos*, quando o autor fosse a *Fazenda Pública*. Se houvesse um *motivo razoável* para a diferenciação, ela seria possível, mas esse não era o caso, uma vez que a Fazenda já gozava de diversas outras prerrogativas que, somadas a essa, implicariam uma diferenciação irrazoável. E como a concessão dessa vantagem para a Fazenda Pública retardaria “sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo” (trecho do voto), ela foi considerada contrária ao devido processo legal. Nesse caso, o princípio do devido processo apresentou uma função bloqueadora, a impedir um tratamento desigual entre as partes no processo. Ficou implícito, nesse julgamento, que o devido processo inclui um direito à paridade de armas no processo civil, direito que não dependeria de outra fonte normativa (função integrativa).

Em seu voto na Medida Cautelar na ADI 1511, que buscava a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 9.131/1995 (provão das universidades), por ofensa ao *substantive due process*, o Min. Carlos Velloso fez uma distinção entre o aspecto substantivo e o procedimental do devido processo e citou dois elementos mínimos do “*procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.” Se o devido processo, em seu aspecto procedimental, requer um *procedimento justo* e o *direito de defesa*, presume-se que possa exercer uma função integrativa no caso de o ordenamento não atender a esses requisitos e uma função bloqueadora, no caso de eles serem contrariados.

Na ADI-MC 1055, o STF *suspendeu* os §§ 2o e 3o do art. 4o da Lei 8.866/1994,[30] que estabeleciam um procedimento judicial que foi considerado ofensivo ao devido processo legal, por dificultar demasiadamente a defesa do réu. O princípio funcionou, nesse caso, como *bloqueador* (eficácia interna indireta) de norma que impossibilitava uma oportunidade justa de defesa. Funcionamento semelhante ao apresentado em Vlandis *v.* Kline, 412 U.S. 441 (1973), no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional uma lei de Connecticut que tratava como não-residentes, para fins da taxa de ensino (*tuition*), estudantes em diversas situações.[31] A Suprema Corte afirmou que o *Due process* garante a oportunidade de apresentar provas de residência de boa-fé.

No MS 23550/DF, o STF decidiu que as garantias mínimas do devido processo legal, dentre elas a *ciência da instauração do processo* e a *possibilidade de defesa*, mesmo sem estarem previstas no regimento do TCU, deveriam ser observadas por esse órgão antes de determinar a anulação de uma concorrência já finalizada. Nota-se a aplicação do princípio em uma função integrativa, inserindo no processo do TCU a obrigatoriedade de uma comunicação sobre a instauração do processo e a admissão das “intervenções cabíveis.”

---

30 § 2º. Não recolhida nem depositada a importância, nos termos deste artigo, o juiz, nos quinze dias seguintes à citação, decretará a prisão do depositário infiel, por não superior a noventa dias.

§ 3º. A contestação deverá ser acompanhada do comprovante de depósito judicial do valor integral devido à Fazenda Pública, sob pena de o réu sofrer os efeitos da revelia.

31 Por exemplo, estudantes solteiros cujo endereço oficial, em qualquer período do ano precedente ao da matrícula, tenha sido fora de Connecticut.

No mesmo MS 23550/DF, concluiu-se que essas garantias deveriam ser observadas nos procedimentos administrativos comuns e, com mais razão, nos do TCU. E, no RE-AgR 339989/RS, o mesmo entendimento foi aplicado para o processo disciplinar militar.

No HC 82354, o STF decidiu que algumas das garantias do devido processo legal (contraditório e ampla defesa) não têm lugar durante o inquérito policial, porque este não decide litígio. Mas que, ainda assim, os direitos "de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio" devem ser assegurados.

No RE 260776, recurso originado dos Juizados Especiais cíveis, o processo foi anulado desde a audiência de instrução e julgamento, porque uma das partes não havia sido intimada para essa audiência. Não há maiores detalhes na decisão do STF, para sabermos em que circunstâncias ocorreu a falta de intimação. Em todo caso, o que cabe destacar é que foi aplicado *diretamente* o princípio do devido processo, em vez das regras infraconstitucionais que seriam suficientes para o mesmo fim, mas que não foram respeitadas. Ocorre que, esgotada a via recursal do Juizado, somente restou à parte recorrer ao STF, e para tanto teve de alegar contrariedade à Constituição. O recurso poderia ter sido julgado com base no conteúdo do princípio do devido processo que impõe a observância das regras existentes (bloqueio do rito *ad hoc*), conforme visto no AI-AgR-ED-AgR 181142/SP e outros casos citados em 3.1 acima. Mas não foi isso o que ocorreu: o STF deu provimento ao recurso por contrariedade a uma das garantias essenciais do princípio: a oportunidade justa de defesa.

Outro julgado no mesmo sentido:

> ... o fato dos juizados especiais cíveis e criminais atenderem ao princípio da *economia processual não resulta na extinção do*

> *direito de se contra-arrazoar* peça ou recurso da parte adversa, sob pena de desatendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (STF, AI-AgR 335076/AM, Min. Gilmar Mendes, DJU 7-2-2003, trecho do voto)

Esses dois casos são originários de Juizados Especiais cíveis e neles o STF garantiu alguns direitos processuais fundamentais. Mas e se fossem casos *originados dos Juizados Especiais Federais*, onde a lei restringe a possibilidade de recurso especial e extraordinário às *questões de direito material*,[32] como o STF julgaria? Não encontrei nenhum acórdão em que o STF tenha enfrentado diretamente a questão, mas encontrei um recurso extraordinário (RE 416586/SE) originado dos Juizados Especiais Federais, com questões exclusivamente processuais, ao qual o STF não negou seguimento. Parece-me que o dispositivo legal é inconstitucional, por restringir as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário previstas no art. 102 da Constituição e também por incompatibilidade com os elementos procedimentais do princípio do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa. Conforme já se viu em outros julgados do STF, quando esses princípios são contrariados, seja por ausência de lei seja porque a lei não foi cumprida sequer pela última instância, cabe ao STF zelar pela

---

[32] Lei n. 10.259/2001. “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões *sobre questões de direito material* proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. ... § 4o Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça-STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. ... Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4o a 9o do art. 14, além da observância das normas do Regimento.”

efetividade da norma constitucional e a Lei dos Juizados Especiais Federais não pode lhe retirar essa competência.

Outro caso que demonstra que o princípio possui um conteúdo autônomo e independente de previsão expressa no ordenamento: a expulsão de um sócio de uma sociedade sem fins lucrativos – decidiu o Supremo – não pode ocorrer sem as garantias básicas do devido processo legal (RE 201819/RJ). Nesse caso, o Supremo afirmou textualmente que fazia uma "aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa."

No HC 80379/SP, em data anterior à EC n. 45/2004, o STF fez uma aplicação *integrativa* do princípio do devido processo, para dizer que, em decorrência dele, o ordenamento garantia ao réu "o direito público subjetivo de ser julgado pelo Poder Público, dentro de *prazo razoável*, sem demora excessiva e nem dilações indevidas."

Os casos acima permitem uma compreensão de como tem funcionado o princípio do devido processo nas decisões do STF. Mas as decisões do STF não estão imunes à crítica. Algumas vezes estão, inclusive, completamente equivocadas, fato que o debate jurídico tem por função apontar. Cito, como exemplo de decisão *frontalmente contrária ao devido processo legal*, a do AI-AgR 278947/RJ (e as dos tribunais regionais que julgaram centenas de casos no mesmo sentido). Esse acórdão referendou o entendimento de que seriam *retroativamente* intempestivos todos os recursos protocolados por autarquias federais quando excedido o prazo contado da publicação da decisão no Diário Oficial, pois a medida provisória que determinava a *intimação pessoal* dos procuradores dessas autarquias (MP n. 1.798/1999 e reedições) havia perdido a eficácia desde o início. Disse o Supremo: "*desapareceu retroativamente o direito, tornando-se válida a intimação realizada pelo Diário da Justiça*." Com isso centenas, ou mesmo milhares, de recursos interpostos em

conformidade com a regra estabelecida pela Medida Provisória foram considerados intempestivos. Ocorre que, em matéria de direito processual, as coisas não devem ser assim: não se pode alterar, depois de praticado o ato processual, a regra a ele aplicável. Ou, caso isso seja necessário, o princípio do devido processo impõe a concessão de *uma oportunidade para repetição ou saneamento do ato*. Essa é a única forma de evitar um dano injustificável aos direitos de natureza material, muitas vezes fundamentais, que as partes buscam proteger em juízo. Sem isso, não tenho a menor dúvida de que a extinção retroativa de uma oportunidade processual contraria o princípio do devido processo, por privar as partes do seu direito de defesa.

Por fim, cabe destacar novamente que a busca de um *processo justo* pode excepcionalmente prevalecer sobre a necessidade de observância de um procedimento regular estabelecido (função bloqueadora), mas normalmente deve realizar-se justamente por meio das normas previamente estabelecidas (*the law of the land*), pena de gerar insegurança e acabar com um dos pilares do devido processo legal. Não estou dizendo que isso não possa ocorrer em outros ordenamentos jurídicos, que não adotam o princípio do devido processo e mesmo assim funcionam bem. Apenas considero indevido invocar o princípio do devido processo para esse fim. Talvez o ordenamento permita a criação de procedimentos *ad hoc* pelo juiz, visando a efetividade de direitos fundamentais. Não entrarei no mérito dessa doutrina. Mas não será, por enquanto, o princípio do devido processo que irá justificá-la.[33] Mesmo que isso possa ser desejável, não se pode dizer que o princípio do devido processo "fornece um remédio universal e auto-aplicável. Sua função é negativa, não afirmativa, e ele não impõe medidas

---

[33] Essa conclusão não se aplica ao *substantive due process of law*, por razões que não fazem parte o tema deste estudo.

específicas de reforma" (Ownbey *v.* Morgan, 256 U.S. 94 (1921)).[34]

1.5 Diferenças entre as funções do princípio no Brasil e nos E.U.A.

Diferem, evidentemente, as regras processuais vigentes em cada país e que devem ser respeitadas em razão do princípio do *due process of law*. Mas as idéias básicas contidas no princípio, ao menos em sua acepção procedimental, são as mesmas no Brasil e nos Estados Unidos. Nem seria necessário exemplificar uma diferença tão óbvia, mas é interessante observar que nos E.U.A. as regras processuais, exceto as da justiça federal, diferem de estado para estado, enquanto no Brasil elas são uniformes em todo o território nacional.

A garantia de que ninguém será privado da vida sem o devido processo legal, que consta da Constituição norte-americana, mas não consta da brasileira, pode ser entendida no

[34] Texto original: "However desirable it is that the old forms of procedure be improved with the progress of time, it cannot rightly be said that the Fourteenth Amendment furnishes a universal and self-executing remedy. Its function is negative, not affirmative, and it carries no mandate for particular measures of reform. For instance, it does not constrain the states to accept particular modern doctrines of equity, or adopt a combined system of law and equity procedure, or dispense with all necessity for form and method in pleading, or give untrammeled liberty to make amendments."

Essa conclusão continua sendo mantida pela Suprema Corte dos E.U.A., como demonstram os casos Pacific Mutual Life Insurance Co. *v.* Haslip, 499 U.S. 1 (1991) e Honda Motor Co., Ltd. *v.* Oberg, 512 U.S. 415 (1994).

sentido de que, no direito brasileiro, não basta o devido processo legal para privar uma pessoa da sua vida: é preciso que o país esteja em guerra declarada. Aqui a hipótese não é ordinária como a das penas restritivas da liberdade ou das condenações de efeitos patrimoniais. Nos E.U.A. é diferente, pois lá se admite a pena de morte em tempos de paz.

Quanto ao momento em que o contraditório deve ser realizado: tanto no direito brasileiro como no norte-americano, o contraditório anterior à privação de direitos é a regra e o contraditório posterior é a exceção.

> Procedimentos *pós-privação* podem proporcionar o devido processo adequado para privações de liberdade em *circunstâncias limitadas*.[35] (Albright *v.* Oliver, 510 U.S. 266 (1994))
>
> Em circunstâncias nas quais uma audiência *pré-privação* for *indevidamente onerosa* em *proporção* com o interesse de liberdade em risco . . . ou onde o Estado for verdadeiramente *incapaz de antecipar e evitar* uma privação aleatória de um interesse de liberdade, remédios pós-privação podem satisfazer o devido processo;[36] (Daniels *v.* Williams, 474 U.S. 327 (1986))

No direito norte-americano, o acórdão Mathews *v.* Eldridge, 424 U.S. 319 (1976) revisou (*overruled*) o

---

[35] Texto original: “Postdeprivation procedures may provide adequate due process for deprivations of liberty in limited circumstances.”

[36] Texto original: “[I]n situations where a predeprivation hearing is unduly burdensome in proportion to the liberty interest at stake . . . or where the State is truly unable to anticipate and prevent a random deprivation of a liberty interest, postdeprivation remedies might satisfy due process.”

entendimento anterior, que vinha de Goldberg *v.* Kelly, 397 U.S. 254 (1970), para admitir a cessação de benefícios previdenciários, com base em prova escrita, sem que o segurado seja ouvido previamente, garantida a oportunidade de defesa posterior. Em Mackey *v.* Montrym, 443 U.S. 1 (1979), admitiu-se a suspensão automática da carteira de motorista pela simples recusa ao teste do "bafômetro", garantida a oportunidade de defesa posterior. No Brasil, o contraditório posterior é admitido em algumas situações, mas geralmente não para encerramento administrativo de benefícios previdenciários vitalícios (mas admite-se, por exemplo, a cessação automática da pensão, quando o beneficiário atinge 21 anos de idade, por tratar-se de benefício com termo certo definido em lei). O CPC brasileiro é claro a esse respeito: "Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes."

1.6 Conclusões

a. A Constituição de 1988, para garantia da liberdade e da propriedade, adotou uma expressão pré-existente e bem conhecida internacionalmente: o devido processo legal. Por ausência de disposição constitucional em outro sentido, a expressão ingressou no direito brasileiro com o significado que possuía anteriormente, especialmente no direito norte-americano.

b. Na jurisprudência da Suprema Corte dos E.U.A., bem como na do Supremo Tribunal Federal, o devido processo legal procedimental apresenta o seguinte conteúdo normativo:

Conteúdo desdobrado / *twofold* (59 U.S. 272)	
Conforme as regras previstas / *the ordinary mode prescribed by the law.* --------------- Função dependente da existência de outras normas. Eficácia externa subjetiva.	Procedimento justo / *fairness of procedure*; Um conteúdo genérico de proibição do arbítrio / "*... to secure the individual from the arbitrary exercise of the powers.*" Notificação / *notice*; Contraditório etc. / *the right to be heard etc.*; --------------- Função autônoma. Eficácias interna (integrativa, bloqueadora, interpretativa) e externa (subjetiva).

c. Diferenças em relação ao direito norte-americano: não há diferenças significativas no que se refere ao conteúdo básico do princípio. O que difere são os sistemas jurídicos dentro dos quais o princípio funciona, principalmente as fontes normativas e os detalhes procedimentais de cada um.

d. Com base nas idéias expostas até aqui, pode-se tentar formular um *enunciado do princípio*: "Deve-se promover um estado de coisas em que os direitos à liberdade e à propriedade somente sofram restrições pelas formas previstas no Direito, entre as quais não pode estar o mero arbítrio alheio e nem qualquer procedimento que o facilite."

e. Com base nas idéias expostas até aqui, pode-se tentar identificar os valores protegidos pelo princípio, que seriam (a) a segurança e (b) a justiça. É mais *provável* que se possa contar com os próprios direitos (segurança) se a sua retirada sempre depender de procedimentos abstratos e gerais previamente estabelecidos. E é mais *provável* que se chegue a uma decisão de *conteúdo justo* se garantidas condições processuais que reduzam o arbítrio, como, por exemplo, um juiz imparcial, uma efetiva oportunidade de defesa e a publicidade do processo (embora a

decisão justa dependa também de *critérios de decisão materiais*).[37]

[37] Ver ZIPPELIUS, *Introdução ao estudo do direito*, p. 142.

Referências

Decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Barron *v.* City of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833)
Den ex Dem. Murray *v.* Hoboken Land & Imp. Co., 59 U.S. 272 (1855)
Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884)
Hagar *v.* Reclamation Dist. 111 U.S. 701 (1884)
Moyer *v.* Peabody, 212 U.S. 78 (1909)
Ownbey *v.* Morgan, 256 U.S. 94 (1921)
Brinkerhoff-Faris Trust & Savings Co. *v.* Hill, 281 U.S. 673 (1930)
Anti-Fascist Committee *v.* Mcgrath, 341 U.S. 123 (1951)
Poe *v.* Ullman, 367 U.S. 497, 543 (1961)
Goldberg *v.* Kelly, 397 U.S. 254 (1970)
In re Winship, 397 U.S. 358 (1970)
Fuentes *v.* Shevin, 407 U.S. 67 (1972)
Vlandis *v.* Kline, 412 U.S. 441 (1973)
Goss *v.* Lopez, 419 U.S. 565 (1975)
Mathews *v.* Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)
Mackey *v.* Montrym, 443 U.S. 1 (1979)
Daniels *v.* Williams, 474 U.S. 327 (1986)
Pacific Mutual Life Insurance Co. *v.* Haslip, 499 U.S. 1 (1991)
Albright *v.* Oliver, 510 U.S. 266 (1994)
Honda Motor Co., Ltd. *v.* Oberg, 512 U.S. 415 (1994)
Montana *v.* Egelhoff, 518 U.S. 37 (1996)
Dusenbery *v.* United States, 534 U.S. 161 (2002)
Hamdi *v.* Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)
Halbert *v.* Michigan, 545 U. S. ___ (2005)
Dixon *v.* United States, 548 U. S. ___ (2006)

Decisões do Supremo Tribunal Federal-STF

AI-AgR 142847/SP, Min. Marco Aurélio, DJU 5-2-1993
RE 158215/RS, Min. Marco Aurélio, DJU 7-6-1996
RE 154159/PR, Min. Marco Aurélio, DJU 8-11-1996
ADI-MC 1055, Min. Sidney Sanches, DJU 13-6-1997
AI-AgR-ED-AgR 181142/SP, Min. Carlos Velloso, DJU 27-3-1998
ADI-MC 1753/DF, Min. Sepúlveda Pertence, DJU 12-6-1998
AI-AgR 278947/RJ, Min. Sepúlveda Pertence, DJU 12-12-2000
HC 80379/SP, Min. Celso de Mello, DJU 25-5-2001
MS 23550/DF, Min. Sepúlveda Pertence, DJU 31-10-2001
RE-AgR 339989/RS, Min. Carlos Velloso, DJU 19-12-2002
AI-AgR 335076/AM, Min. Gilmar Mendes, DJU 7-2-2003
Pet-AgR 2066/SP, Min. Carlos Velloso, DJU 28-2-2003
ADI 1511-MC, voto do Min. Carlos Velloso, DJU 6-6-2003
HC 82354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 2-9-2004
Ext 897, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18-2-2005
RE 416586/SE, Min. Marco Aurélio, DJU 11-3-2005
RE 413327/BA, Min. Joaquim Barbosa, DJU 3-6-2005
RE 260776/RO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 16-9-2005
HC 86022/SP, Min. Sepúlveda Pertence, DJU 28-10-2005
RE 201819/RJ, Min. Gilmar Mendes, DJU 27-10-2006

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-620-2.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 52. Brasília, DF: Senado, 2006.

HOUSE of Representatives. **The Constitution of the United States of America as amended**. Presented by Mr. Ney. Washington: Government Printing Office, 2003. ISBN 0-16-051424-X.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5th ed. Boston: Little, Brown and Company, 1956. ISBN 0-316-71083-0.

STUBBS, W. **Germany in the Middle Ages**, 476-1250. London: A. Hassall, 1908.

WASSERMAN, Rhonda. **Procedural Due Process**: A Reference Guide to the United States Constitution. Westport CT: Praeger, 2004. ISBN 0-313-31353-9.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradutora Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 85-7308-813-3.

2 SISTEMAS DE APRECIAÇÃO DA PROVA

Resumo
Este estudo trata dos sistemas de apreciação da prova no processo judicial. São examinadas as classificações mais comuns e identificadas as características que configuram cada sistema-tipo. São apontadas algumas inconsistências nas classificações mais comuns.
Palavras-chave: processo judicial, prova, sistemas de apreciação.

Abstract
The study deals with the evaluation systems of proof in litigation. It analyzes in more detail the best known systems and outlines their main features. Some inconsistencies in the usual classifications are pointed out.
Keywords: court procedure, rules of evidence, evaluation systems of proof.

2.1 Introdução

Talvez não se possa, hoje, dizer como Elizondo que a prova é a “alma do processo”,[38] pois as questões referentes à interpretação, e mesmo à criação, da *norma* ocupam lugar de grande destaque. Mas o atual desprestígio dos temas ligados ao direito probatório pode indicar tudo menos uma redução na sua real importância. Cada sistema de avaliação da prova pode levar o processo a um resultado diferente. Logo, parece importante estudar os principais sistemas, suas vantagens e desvantagens.

---

[38] ELIZONDO citado por LEVAGGI, *Historia de la prueba em el proceso civil indiano y argentino*, p. 4.

Mas o que se quer dizer com "valoração", "avaliação" ou "apreciação da prova" (aqui utilizados como sinônimos)? A idéia é a de atribuição de um certo valor a algo, no caso, às provas. Atribuição por quem? Pelo juiz ou pelo direito? Quando se fala em sistemas de apreciação da prova, por mais que seja o juiz quem as aprecie, se está falando do valor que as provas têm perante o direito, pois o seu poder de convencimento (valor para o juiz) é algo que não pode ser imposto ou regulado. A questão é de diferença entre "convencimento" e "pronunciamento" do juiz.

Quanto mais livre a valoração da prova, mais se aproximam os dois conceitos (poder de convencimento e valor perante o direito). Um exemplo deve deixar mais claro o que se quer dizer com apreciação da prova: pense-se no valor atribuído à prova testemunhal. No período do processo penal visigótico (séculos VII-VIII), ela tinha baixíssimo valor, praticamente não era levada em conta. Já do século XIII em diante ela adquire grande valor, que passa a ser graduado conforme o número de testemunhas e suas posições sociais.

Dividirei a exposição do tema em quatro etapas: (1) um breve resumo do estado atual da discussão; (2) exame crítico da doutrina; (3) Sistema do CPC e sistema aplicado na prática brasileira; e (4) conclusões.

2.2 A idéia atual sobre os sistemas de apreciação da prova

A doutrina costuma classificar os sistemas de apreciação da prova em três modelos: (1) o sistema da prova legal; (2) o sistema do livre convencimento e (3) o sistema da persuasão racional.[39]

---

[39] Adotam essa classificação, dentre outros, Cândido Rangel DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, III, p.

Segundo essa classificação, o *sistema da prova legal* seria aquele em que o valor de cada prova vem definido pelo legislador, em caráter geral e abstrato. Raramente se encontra na doutrina alguma referência à participação popular e doutrinária no estabelecimento prévio do valor das provas. Além disso, os autores costumam incluir os ordálios nesse sistema. São citados como exemplos desse sistema: o direito romano primitivo, o direito dos antigos povos germânicos e o direito da Europa continental até as vésperas da Revolução Francesa.

Sistema do livre convencimento seria aquele em que o juiz não é "*vinculado a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação*".[40] Além de poder julgar com base em conhecimento pessoal dos fatos, o juiz não estaria obrigado a expor os motivos que o lavam a determinada conclusão e pode até mesmo recusar-se a julgar, caso se sinta em dúvida em relação às hipóteses fáticas. São citados como exemplos desse sistema: o direito romano do período clássico (130 a.C - 230 d.C), o direito francês do período que se seguiu à Revolução e os julgamentos por júri popular, inclusive no Brasil.

Sistema da persuasão racional seria aquele em que a conclusão do juiz sobre as versões dos fatos é alcançada mediante um raciocínio lógico, intelectual, descrito na motivação da sentença e realizado a partir das provas que tenham vindo ao processo. Taruffo observa que são dois os momentos em que o

---

102), Humberto THEODORO JÚNIOR (*Curso de Direito Processual Civil*, I, p. 378), Ovídio Baptista da SILVA (*Curso de processo civil*, I, p. 347) e Moacyr Amaral SANTOS (*Primeiras linhas de direito processual civil*, II, p. 387).

[40] SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, II, p. 389.

raciocínio lógico deve estar presente: no da decisão e no da justificação da decisão.[41]

Dentre os três sistemas, a literatura costuma apontar as vantagens do da *persuasão racional* sobre os outros dois, que seriam sistemas ultrapassados e irracionais. Conforme observa Danilo Knijnik, "*costuma-se, a respeito, expor os três modelos históricos atinentes à valoração das provas – íntima convicção, prova legal e persuasão racional – destacando-se, em seguida, a excelência deste último, normalmente associado tanto a eminentes valores democráticos, como a legítimas conexões do processo com o ordenamento jurídico-constitucional*."[42]

Outra classificação, de certa forma implícita na anterior, considera os sistemas *da íntima convicção* e da *persuasão racional* como modalidades do sistema do *livre convencimento*, ao qual estaria contraposto o sistema da *prova legal*. NOBILI afirma que o sistema do *livre convencimento* tem se manifestado de três formas: (a) imotivado e por júri popular; (b) imotivado e por juiz togado; e (c) motivado e por juiz togado.[43] Uma quarta combinação, que seria hipoteticamente possível, mas que na prática não se concretizou, é a de decisões do júri e motivadas.[44]

Procurarei examinar com maior detalhe essa classificação e expor alguns pontos de divergência em relação a ela.

---

[41] Ver TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, n. 5.

[42] KNIJNIK, *Os standars do convencimento judicial*, p. 15-16.

[43] Ver NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 21.

[44] TORNAGHI baseia-se em Mommsen, para afirmar que o jurado, no direito romano, estava proibido de fundamentar sua decisão (*Instituições de processo penal*, III, p. 425).

2.3 Sistema da íntima convicção

No sistema da *íntima convicção*, ou *livre convencimento*, o juiz não está vinculado a critérios formais ou convencionais, mas tão somente à observação dos fatos.[45] Essa característica diferencia o sistema do da *prova legal*. Veja-se que esse sistema, naquilo que exige ou permite ao juiz, não é um sistema irracional: ele foi formulado para que o juiz pudesse exercer a razão ao extremo, sem imposição de conclusões prévias naquilo em que as conclusões dependem da observação. Ninguém dizia para o juiz romano, por exemplo, que ele deveria agir irracionalmente ou de maneira emotiva.

Se o risco de uma decisão irracional existia, ele era tido como inevitável, mas de toda forma indesejável, tal como hoje se admite uma sentença que não alcance a verdade no processo. Alguém tem de ter a decisão final, e quem pode garantir que esse alguém decidiu racionalmente? No direito romano havia, como devem ter havido em qualquer sistema da história, critérios que podiam *servir de guia* para apreciação da prova, mas o juiz era livre para decidir conforme sua consciência e era estimulado a fazê-lo.[46]

A maior indicação da liberdade do juiz, e de sua função de buscar a verdade, estava na possibilidade de, em caso de as provas não levarem a uma conclusão clara sobre os fatos, abster-se de proferir a sentença.

Um caso narrado por Aulo Gelio retrata bem quatro características do sistema romano:

---

[45] Ver CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, III, p. 84.

[46] Nesse sentido: CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, III, p. 84.

Narra Aulo Gelio que, quando estava iniciando na atividade de juiz, deparou-se com um caso difícil: o autor buscava cobrar do réu uma certa quantia, mas deixava claro que não havia testemunhas, nem outras provas, do pactuado. O autor era um homem honrado, cuja boa-fama era reconhecida por todos. Já o réu era pessoa das mais suspeitas, freqüentemente condenado por fraudes e mentiras. O réu dizia que não poderia ser condenado sem provas. Aulo Gelio pediu o conselho de amigos juristas, que lhe disseram "que naquilo não havia qualquer dúvida, que não havia prova jurídica que demonstrasse o empréstimo e que era necessário declarar sem responsabilidade aquele que negava." Mesmo assim, Aulo Gelio não conseguia decidir-se a julgar a causa a favor de uma pessoa de má-fama contra outra de excelente reputação. Resolveu pedir conselho a Favorino, um filósofo, com quem falava freqüentemente. Favorino lhe recomendou seguir o conselho dos antigos: se não há provas, o juiz deve julgar a favor daquele que tem maior probidade. Se os dois estiverem em pé de igualdade nesse ponto, deve-se dar fé àquele que nega a dívida. Logo, no caso que ocupava Aulo Gelio, ele deveria condenar o réu. A opinião de Favorino não foi suficiente para eliminar as dúvidas do juiz, que achava errado condenar com base em costumes e não em provas. Por permanecer em dúvida, jurou que não estava claro (*non liquet*) e liberou-se do caso.[47]

Conforme se percebe, são características dessa forma de julgar: (1) a busca de uma conclusão racional sobre a questão de fato, (2) a desnecessidade de motivação, (3) a existência de critérios, porém não vinculativos e (4) a possibilidade de recusar um julgamento em caso de dúvida (*non liquet*).

Michele Taruffo atribui um caráter irracional à concepção francesa da *intime conviction*, enquanto o mesmo sistema, na

---

[47] Ver GELIO, *Noches Áticas*, p. 169-177.

forma em que adotado na Alemanha e na Espanha, não teria a mesma falha, por estar orientado à descoberta da verdade.

> De fato, existem outras concepções do "livre convencimento" do juiz que não têm essas implicações subjetivas mas que, ao contrário, vão na direção de um convencimento racional que o juiz deve formar com base na prova. Esse é o caso, por exemplo, da *freie Beweiswürdigung*, orientada à verdade dos fatos, de que fala o § 286 da ZPO alemã.[48]

Mas nem mesmo o sistema francês dos primeiros anos após a Revolução incentivava a irracionalidade. É o que se percebe, por exemplo, do juramento dos jurados, estabelecido pela Instrução sobre o procedimento penal de 1791. Havia, sim, a proclamação da soberania do júri, que não precisava justificar suas decisões.

> ... vós jurais ... decidir de acordo com os indícios [*charges*] e os meios de defesa e segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convém a um homem livre.[49]

Mas a desnecessidade de motivação da decisão é a outra característica (que não se confunde com a *irracionalidade do juízo* sobre as questões de fato) do sistema da *íntima convicção*: a desnecessidade de revelação do *iter* lógico que tenha levado o juiz dos elementos de prova a uma conclusão sobre as versões dos fatos. Em outras palavras, o juiz não é obrigado a expor os motivos de seu convencimento sobre a matéria fática. Essa característica diferencia o sistema do da *persuasão racional*.

---

[48] TARUFFO, *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, p. 82.

[49] NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 154.

Aqui cabe uma observação para que o leitor não seja induzido a erro: é provável que o juiz romano, em algum período, tenha tido de motivar sua *sentença*.[50] O que ele não precisava justificar era a sua *valoração das provas*. Ao tratarmos de uma tipologia dos *sistemas de apreciação da prova*, a obrigação de motivar *a sentença* (e não *a apreciação da prova*), não desconfigura o sistema da íntima convicção. Na verdade, é irrelevante nessa classificação, pois não guarda relação, ao menos no plano estritamente lógico-conceitual, com o ato de apreciar a prova.

Para que fique mais claro, pode-se delimitar, para fins didáticos, quatro momentos de uma decisão judicial, sendo que apenas os dois primeiros definem o sistema de apreciação da prova correspondente:

Momento	**Na íntima convicção**
Juízo sobre o significado das provas	Normalmente deve ser racional
Exposição do raciocínio de fato	**Facultativo ou vedado**
Juízo sobre as conseqüências jurídicas dos fatos	Obrigatório
Explicitação do raciocínio jurídico	Obrigatório ou facultativo

Observe-se que um sistema que determine (a) um juízo de fato racional; (b) um juízo de direito racional; e (c) exposição lógica do juízo de direito; mas sem (d) exposição lógica do juízo de fato, será ainda assim um sistema de íntima convicção, pois o

50 Dig.6.1.13. Ulpianus 16 ad ed. “Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, *rationem iudex habere debebit*: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis aquiliae. et labeo putat cavere petitorem oportere lege aquilia non acturum, quae sententia vera est.”

juízo de fato, mesmo que possa ser racional, se não precisar ser motivado, é íntimo. Já a motivação limitada ao juízo de direito não interfere na teoria dos sistemas de valoração da prova, pois seu objeto é outro.

Será que a mera dispensa de motivação torna um sistema de apreciação da prova irracional? A decisão, em si, pode ser perfeitamente racional, conforme já visto. Mas sem motivação ela é menos controlável. Contudo, a ausência de explicitação do raciocínio que leva das provas à adoção de uma versão dos fatos não significa absoluta falta de controle. No direito romano do período do império (juiz estatal), por exemplo, as partes podiam recorrer da decisão do juiz[51] e tentar demonstrar a veracidade da sua versão dos fatos. Para isso permitia-se toda uma argumentação lógica sobre a racionalidade da decisão do primeiro juiz. Quando os motivos da convicção sobre os fatos não são explicitados, pode até ser mais fácil para partes atribui-lhe toda a sorte de erros. Além disso, nos sistemas em que o recurso não era permitido, a vedação tinha um motivo: não havia razão para pensar que a decisão do segundo juiz teria mais chances de ser mais correta que a do primeiro.[52] Ou seja, até mesmo a ausência de controle pode ter uma justificação racional.

Não há uma ligação necessária do sistema com um julgamento não-racional. O que caracteriza a íntima convicção ou livre convencimento não é a sua irracionalidade, mas a sua liberdade.

---

[51] Ver ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 369.

[52] No caso específico do direito romano anterior ao período do império, a fórmula do pretor já designava o juiz e ele, somente ele, seria o juiz da causa. Para que houvesse recurso, seria preciso uma nova fórmula, o que era totalmente estranho ao sistema.

2.4 Sistema dos ordálios ou juízos de Deus

Conforme visto acima, é comum considerar-se os ordálios uma forma de prova legal, bem como um sistema irracional. Penso que o *sistema dos ordálios*, nas sociedades que o adotaram, não foi algo irracional. Suas diferenças em relação ao *sistema da prova legal* são significativas, o que torna mais adequado que esses dois sistemas sejam classificados separadamente.

Diferentemente do que muitas vezes se pensa, não eram os ordálios o meio de prova mais comum no antigo processo germânico (ca. 400-1300), mas sim o juramento da parte, com ou sem compurgadores.[53] A prova por meio de testemunhas também era mais comum do que o ordálio. Em razão do caráter supletivo dos ordálios, surge a dificuldade de classificação (ou denominação) do sistema de apreciação da prova no antigo processo germânico. Considero essa uma questão de menor importância e que não deve desviar nossa atenção no momento. O que nos interessa no momento são as características desse sistema.

Os ordálios, embora utilizados em caráter supletivo, não eram algo raro e, mesmo quando não se chegava a utilizá-los, havia sempre a possibilidade de que viessem a ser utilizados. Eles faziam parte da lógica do sistema. A prova por meio de testemunhas e por meio de compurgadores tinha um caráter tão decisivo quanto os ordálios, pois não deixava qualquer margem de discricionariedade ao julgador, que apenas fiscalizava o cumprimento das formas costumeiras. Ou a parte apresentava o número de testemunhas ou compurgadores previsto ou era

---

[53] Ver ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 155.

condenada, situação na qual normalmente poderia pedir para provar seu direito através de um ordálio.

No processo germânico, a testemunha simplesmente emitia um juramento a favor da alegação a ser provada. Era diferente, portanto, da prova testemunhal do direito romano-canônico, em que a testemunha deveria narrar os fatos que presenciou.[54]

Os compurgadores assemelhavam-se às testemunhas, mas juravam apenas em apoio à idoneidade, à honradez, de alguma pessoa, e não em apoio de uma versão sobre os fatos. Mesmo quem desconhece os fatos em questão poderia, ainda assim, ser um compurgador.

Embora uma prova através do juramento de pessoas sem conhecimento dos fatos possa parecer irracional, ela tinha a sua lógica, que na época era plenamente aceitável: os compurgadores eram admitidos apenas nos casos em que o acusador baseava a acusação em nada além de sua própria palavra. O que o acusador esperava, nesses casos, era que o réu confessasse a dívida e assim seu crédito estaria provado. Se o réu não confessa, libera-se da acusação com um pouco mais do que foi apresentado pelo acusador: seu juramento e o juramento de outras pessoas em apoio de sua credibilidade. Se o único elemento para decisão sobre o fato alegado era a credibilidade dos oponentes, o apoio dos cojuradores servia para mostrar para que lado pendia a opinião pública em uma comunidade.[55]

A grande credibilidade do juramento de testemunhas ou de compurgadores vinha das crenças religiosas da época: poucos

---

54 Ver ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 158.

55 Ver KADRI, *The trial*, p. 25.

se arriscariam a prestar um juramento falso, pois acreditava-se que ele fatalmente atrairia o castigo divino.[56]

Quanto aos ordálios, havia a crença popular de que poderiam demonstrar o julgamento de Deus sobre a questão disputada. Eles serviam para complementar as explicações populares sobre a justiça e sobre o mundo, o que lhes confere um certo grau de racionalidade. Os mais comuns eram o do ferro incandescente, o da água fervente e o duelo. Mas havia diversos outros, como por exemplo o julgamento da cruz, a prova do cadáver, o da água fria e o do pão.

No *julgamento do ferro incandescente*, a prova consistia em apanhar uma barra ou uma esfera de ferro incandescente e carregá-la por certa distância, como, por exemplo, de um lado ao outro do altar de uma igreja. Feito isso, o ferimento era enfaixado e após três dias verificava-se se ele havia começado a cicatrizar (sinal de inocência) ou se havia piorado (sinal de culpa). O julgamento pela água fervente era similar ao do ferro, com a diferença de que o objeto a ser apanhado, por exemplo, um anel, estava no fundo de um caldeirão de água fervente. Também havia a variante de andar sobre brasas ou ferro em brasa.

Pessoas importantes submeteram-se a esses ordálios. Guilherme, da Normandia, que conquistou a Inglaterra em 1066, foi submetido ao julgamento pelo ferro incandescente e considerado inocente. Michael Palaeologus, que veio a ocupar o trono de Constantinopla em 1265, quase teve de passar pela mesma prova, mas conseguiu evitá-la dizendo que aceitaria a prova apenas se a esfera em brasa lhe fosse entregue pelas mãos

---

[56] Ver KADRI, *The trial*, p. 25 e KEMMERICH, *O Direito Processual da Idade Média*, p. 60 e 63.

do arcebispo.[57] Quando subiu ao trono, Michael aboliu os ordálios e o duelo como meios de prova. No século XI, Emma da Normandia, mãe do futuro rei inglês Eduardo, o confessor (1042-1066), teve de andar sobre nove arados incandescentes, a fim de defender-se de uma acusação de adultério (com o bispo de Winchester).

Analisemos o desfecho que o caso narrado por Aulo Gelio poderia ter, caso se passasse no direito germânico: como o autor tinha apenas a sua palavra contra o réu, bastaria ao réu apresentar um compurgador que jurasse com ele e estaria liberado. Na história de Gelio, o réu estava acompanhado por diversos amigos. Talvez algum jurasse por sua honra. Mas isso não aconteceria assim tão facilmente, tal era o temor religioso da época. Ainda que houvesse um compurgador que jurasse com ele, haveria ainda a possibilidade de tudo acabar em um duelo, que era um recurso cabível quando se punha dúvida sobre o juramento da parte contrária.

Desde mais ou menos o século IX, já haviam vozes na Igreja contrárias aos ordálios. Em 1215, no IV Concílio de Latrão, ela acabou por proibir a participação dos clérigos nesse tipo de prova. Em 1179 o rei da Inglaterra garantiu aos litigantes em disputas sobre terras o direito de optar pelo júri em vez do duelo. Em 1265, o rei Luís IX (São Luís) proibiu o emprego de duelos perante a justiça real francesa. Em Constantinopla, todos os tipos de ordálios foram proibidos por Michael Palaeologus, conforme já visto.

As razões que se aponta para declínio dos ordálios são várias. A atitude da Igreja, o avanço cultural e o renascimento do direito romano são as mais citadas.

---

57 Ver GIBBON, *The history of the decline and fall of the roman empire*, Chapter LXII, Part I.

Os ordálios começaram a ser vistos como algo irracional, embora não tenham sido abandonados rapidamente. O novo sistema de valoração da prova era a principal diferença entre o direito germânico e o direito romano-canônico.[58] Passou a valer o juízo do homem onde antes valiam os "juízos de Deus". A prova, que antes era decisiva, agora deixava espaço para dúvidas e para a discricionariedade e o raciocínio judicial. Portanto, embora tanto o sistema dos ordálios como a da prova legal tenham adotado provas com valor pré-definido, eram sistemas muito diferentes: no caso de dúvida, o primeiro buscava saber como Deus julgaria a causa e o segundo seguia regras que a doutrina considerava que o levariam mais próximo da verdade e admitia alguma discricionariedade judicial.[59] Somente com o fim dos ordálios pôde-se começar a pensar em meios investigativos que levassem o juiz a um conhecimento mais próximo da verdade. Considero, por isso, melhor que os dois sistemas não sejam classificados como sendo um único.

Historicamente, quando o abandono dos ordálios estava iniciando, ocorreu um breve período de *livre apreciação da prova*. O *De iudiciis* (ca. 1141), de Bulgarus, "*ainda mantém o princípio de que o juiz não está vinculado pelas regras técnicas sobre a prova e decide de acordo com a sua livre convicção.*"[60]

Mas os ordálios atendiam uma necessidade humana: a de obter uma solução quando não houvesse testemunhas e o juramento não fosse cabível. Que se poderia fazer, em casos assim, após a proibição dos ordálios? Deixar ao arbítrio do juiz,

---

58 CAENEGEM, *History of european civil procedure*, p. 8.

59 PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, p. 34.

60 ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 443, tradução nossa. Texto da versão inglesa: "it still hold the principle that the judge is not bound by technical rules of proof and decides according to his free conviction."

em um processo que passara a ser inquisitorial? Extrair uma confissão à força? Para limitar o arbítrio judicial, preservaram-se alguns elementos formais do processo germânico, e criaram-se outros novos, resultando no *sistema da prova legal*, que será examinado a seguir.

2.5 Sistema da prova legal

No sistema da prova legal, cada prova tem um valor pré-determinado, não cabendo ao juiz atribuir-lhe o valor.

Apesar de dita "legal", deve-se destacar que, por muito tempo, o valor pré-definido das provas era de caráter *costumeiro ou doutrinário*, e não uma imposição do legislador.[61] A atribuição antecipada de um valor para cada prova veio a chamar-se "*système des preuves légales*" (sistema das provas legais), a partir do séc. XVI.

Nobili diz que o sistema inquisitivo foi o preço pago em razão da prova legal. Creio, porém, que a prova legal foi necessária justamente em razão dos poderes inquisitoriais dos juízes. Mas, não importando qual dos dois tenha surgido primeiro, o que está claro é que (a) a prova legal tinha um caráter

---

[61] "Ademais, na passagem do direito comum às codificações, o sistema da prova legal, além de perder as características de fenômeno cultural e doutrinário, ganhando feição normativa, sofre poderosa simplificação deixando de ser "sistema" para compreender apenas alguns meios de prova, com o que adquire força o princípio geral do "livre convencimento" (Cf. TARUFFO, La prova dei fatti giuridici , cit., pág. 364)." (OLIVEIRA, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo,* p. 82)

garantista e, (b) por outro lado "forneceu ao juiz a base para a tortura."[62]

As regras de valoração da prova consolidavam as idéias do que era tradicionalmente aceito como mais provável. Parece correta, a esse respeito, a observação de Helio Tornaghi:

> Os preceitos que formam o arcabouço desse sistema são o **resultado de longa observação**, cristalizam grande experiência e estão impregnados daquela sabedoria e daquela prudência que o tempo e o trato com os homens trouxeram aos práticos e aos juristas de muitos séculos.[63]

De forma similar, Nobili se refere à prova legal como "aquela tipificação abstrata dos valores da experiência, que no mínimo cinco séculos de história humana haviam fixado."[64] Por exemplo, um nobre, cuja palavra tinha valor na vida e nos negócios, tinha tudo a perder caso fosse constatado que prestara falso testemunho. Por isso ele seria uma testemunha mais digna de confiança do que um servo ou andarilho. Se abstraídos os exageros a que se chegou no auge do sistema, é possível perceber as provas legais como máximas da experiência, só que com maior força decisória do que estas apresentam atualmente.

A grande máxima do sistema era "*testis unus, testis nullus*" e sobre ela trabalhou o hábito escolástico de decidir as coisas à priori. A partir daí, uma única testemunha não tem valor isoladamente e duas testemunhas de reputação ilibada (*testes classici*) constituíam prova plena (*plena probatio*). Entre esses dois limites havia todo uma hierarquia entre as combinações possíveis. O auge do sistema foram as "Conclusiones

---

62 KEMMERICH, *O Direito Processual da Idade Média*, p. 160.

63 TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, III, p. 428.

64 NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 15.

probationum" (1588), de Mascardus. O livro atribui um valor exato a cada tipo de prova e apresenta cálculos aritméticos para conjugá-los.[65]

Para termos uma idéia mais precisa do que estamos falando, examinemos o exemplo concreto da legislação do período do auge do sistema e do lugar que lhe deu o nome: a Ordenança de Moulins, França, de 1566.

Diz a ordenança que ...

> ... a fim de evitar daqui para frente a multiplicação de fatos que surgem em causas sujeitas à prova testemunhal, todos os contratos envolvendo um valor superior a 100 libras devem ser celebrados diante de notários e testemunhas." E que "a prova nessas matérias deve ser feita e recebida apenas por meio desses contratos, sem admitir qualquer prova por testemunhas outras que as mencionadas no contrato.[66]

Acabamos de analisar dois exemplos muito representativos da doutrina e da lei do sistema da prova legal, mas e na prática, o que faziam os juízes? Giorgia Palazzolo, em excelente estudo, examina as relações entre a teoria e a prática do sistema da prova legal e conclui que "a permanente referência ao sistema da prova legal não impedia a prática contemporânea do 'arbitramento dos indícios'".[67] A observância integral do sistema da prova legal levava à impossibilidade de chegar a uma sentença de condenação. O problema foi contornado pela jurisprudência através da interpretação da regra de que à prova plena correspondia a pena ordinária. Se era assim, então "a uma

---

[65] Ver ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 42 e 720.

[66] ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 720.

[67] PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, p. 20.

prova insuficiente poderia bem corresponder uma pena mais amena [pena extraordinária], a ser arbitrada pelo juiz".[68] Mas o mesmo juiz poderia, diante da ausência da prova plena, considerar o crime não provado.[69] Havia, portanto, uma grande dose de *livre convencimento*, inserida pela prática, em um sistema que se pretendia completamente gradualístico e quantitativo.

Talvez um fenômeno similar – de descompasso entre a lei, a prática e a teoria – ocorra atualmente com o sistema da persuasão racional. É o que examinaremos a seguir.

Antes disso, porém, cabe indicar as razões que levaram ao abandono desse sistema. Antes ainda da Revolução Francesa, a doutrina já criticava tanto a adoção de provas com valor pré-definido como a prática de condenar a uma pena menor quando a culpa não estivesse perfeitamente provada. Hume colocava em cheque a possibilidade de conhecimento por indução e dava um novo conceito de prova: "aqueles argumentos derivados da experiência que não deixam lugar à dúvida ou à oposição".[70] Bentham criticava veementemente a confiança que se emprestava ao juramento. Descartes, Beccaria, Rousseau, Montesquieu, Voltaire e inúmeros outros, pregavam a dúvida racional como forma de alcançar a compreensão do mundo e a igualdade de todos perante a lei. Enfim, a doutrina, inspirada nas novas correntes filosóficas e científicas, que podemos chamar de Iluminismo, reafirmou o princípio do livre convencimento do

---

68 PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, p. 19.

69 PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, p. 34.

70 HUME, *Investigação acerca do entendimento humano*, p. 71. Texto original: "By proofs meaning such arguments from experience as leave no room for doubt or opposition." (Seção VI, nota)

juiz e a prática preparou-se para recebê-lo.[71] O sistema da prova legal entrou em declínio com a Revolução Francesa. Em 1791 um decreto estabelecia o júri criminal. Os jurados deveriam decidir conforme sua *íntima convicção*. Em 1800, regra similar passou a ser adotada no processo civil.

2.6 Sistema da persuasão racional

O sistema da persuasão racional coloca alguns limites ao sistema da íntima convicção, especialmente a necessidade de uma decisão *lógica* e *fundamentada* na *prova dos autos*.

Alguns consideram o *sistema da persuasão racional* como sendo aquele em que o juiz pode apreciar livremente a prova, sem submeter-se a qualquer regra, exceto (a) a de ficar adstrito ao que está nos autos e (b) a de ter fundamentar a sua decisão. A prova – diz Helio Tornaghi – "já não se faz apenas para o juiz ..., mas também para as partes e para os outros juízes que tiverem de julgar os recursos."[72]

Essa definição corresponde à adotada pelo CPC brasileiro, que assim dispõe: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias *constantes dos autos*, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, *os motivos* que lhe formaram o convencimento."[73]

Note-se, contudo, que essa definição não diz que o juiz deve decidir racionalmente e nem que deve fundamentar racionalmente a sua decisão. Também não diz que o juiz deve observar o conhecimento científico vigente. A ausência desses

---

71 Ver CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, III, p. 86.

72 TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, III, p. 430.

73 Art. 131.

limites é apontada, há muito tempo, como um fator que permite a fácil degeneração do sistema em despotismo judicial. Massimo Nobili cita o exemplo de Romagnosi, que já em 1803 alertava para o perigo que poderia haver no princípio do livre convencimento se exercido sem limites lógicos e jurídicos. Cita também Malatesta, em ensinamento sobre o processo penal, mas plenamente aplicável ao processo civil: "a *lógica* jurídica é uma ciência, sem a qual o direito punitivo nas mãos da sociedade, não seria mais que um flagelo nas mãos de um louco. Nessa ciência está colocada a garantia da liberdade do cidadão."[74]

A lógica, conforme esclarece Taruffo, não é exigida somente na motivação da decisão final. Ela é exigida já na formação do juízo de fato e na formação do juízo sobre as conseqüências jurídicas dos fatos, bem como na fundamentação de ambos os juízos. A adoção de um *standard* probatório adequado faz parte da racionalidade exigida para chegar a um juízo de fato, ou seja, faz parte da valoração racional da prova.[75]

Em outras palavras, no processo há uma relação prova-fato e uma relação fato-norma. Em ambas há decisão e em ambas deve haver motivação. Todas essas relações devem ocorrer de maneira racional para que a sentença seja racional e sua racionalidade possa ser controlada.

Taruffo possui um pensamento bastante claro sobre essas distinções, principalmente sobre a diferença entre a "decisão" e a "motivação da decisão":

> **Formulare una decisione** ed **esporre le ragioni** per cui essa dovrebbe essere da altri considerata una buona decisione sono

---

[74] NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 463.

[75] Ver TARUFFO, *La prueba científica en el proceso civil*, p. 142-143.

> **attività diverse**. .... La razionalità della decisione giudiziaria non va semplicemente presupposta, ma deve costantemente essere oggetto di possibile controllo. Quindi la sentenza deve essere motivata e la **motivazione deve essere adeguata** ed effettiva. Essa deve dunque contenere argomentazioni giustificative **sufficienti a far ritenere che la decisione in fatto e in diritto sia fondata su buone ragioni**.[76]
>
> D'altronde, a riconferma della **non necessaria corrispondenza tra procedimento decisorio e motivazione** va considerato che una decisione presa intuitivamente, o addirittura in modo irrazionale, **potrebbe essere giustificata ex post** con **argomentazioni razionalmente convincenti**. Al contrario, una decisione presa attraverso un ragionamento razionale potrebbe essere giustificata in modo razionalmente inadeguato, o non essere giustificata affatto.[77]
>
> Una buona motivazione non è una motivazione retoricamente efficace, ma quella che fonda la decisione su **argomenti validi e controllabili**.[78]

Com esses elementos, chega-se a uma idéia mais completa do sistema, que atualmente apresenta as seguintes características: (a) necessidade de que a decisão seja lógica;[79] (b) que seja fundamentada, também de maneira lógica; (c) que as

---

[76] TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, n. 5.

[77] TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, n. 5.1.

[78] TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, n. 5.2.

[79] "O livre convencimento há de ser racional, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos passionais do juiz." – DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 106.

máximas da experiência[80] e do conhecimento científico[81] não sejam contrariadas; (d) que a decisão resulte do material trazido aos autos.

Momento	**Na persuasão racional**
Juízo sobre o significado das provas	Deve ser racional
Exposição do raciocínio de fato	Obrigatório
Juízo sobre as conseqüências jurídicas dos fatos	Deve ser racional
Explicitação do raciocínio jurídico	Obrigatório

Quando o CPC brasileiro, por exemplo, diz que o juiz deve expor os motivos que formaram a sua convicção, está se referindo à convicção sobre as questões de fato.[82] Nesse ponto, não basta que o juiz descreva as provas que já se encontram nos autos (tautologia) e em seguida diga que está convicto da ocorrência deste ou daquele fato. Isso é o mesmo que dizer apenas qual é sua conclusão sobre as questões de fato, sem dar

80 "É obrigatório levar em conta as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade." – DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 106.

81 "A ciência não apenas é útil no plano probatório, mas deve ser inclusive considerada como um modelo ótimo de conhecimento ao qual também a comprovação processual dos fatos deveria aproximar-se." – TARUFFO, *La prueba científica en el proceso civil*, p. 139.

82 Mesmo admitindo a existência de *questões mistas*, "*rimane pur sempre un "nucleo di fatto*" costituito da enunciati che possono essere veri o falsi, dalla cui verità o falsità dipende l'esito della decisione in quanto la norma potrà o non potrà essere applicata a seconda che i suoi presupposti di fatto "esistano" o "non esistano". (TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, n. 2.2)

motivo, procedimento que caracteriza o sistema da íntima convicção.[83]

Para diferenciar um juízo de verossimilhança do puro arbítrio é preciso um minuciosa, detalhada, exposição do raciocínio judicial-valorativo da prova. Aqui cabe citar, novamente, as idéias de Taruffo, sobre a necessidade de fundamentação adequada do juízo de fato. Na motivação do juízo de fato, trata-se ...

> ... di stabilire ... se tali enunciati sono o non sono razionalmente attendibili in base agli elementi di conoscenza e di verifica di cui il giudice dispone.[84]
>
> Esto implica que el juez debe someter a control crítico no sólo los inputs que extrae del contacto directo con la prueba, sino también la reglas y los estándares que usa para interpretar estos inputs y para obtener inferencias a partir de ellos.[85]

Além dos sistemas examinados, cabe referir a *law of evidence*, que não se enquadra satisfatoriamente em nenhum deles.[86]

---

83 Sobre a motivação da sentença e do juízo de fato, ver ROCHA, *A Motivação da Sentença*, onde é ressaltada a necessidade de que o juiz diga, inclusive, porque as provas em sentido contrário a sua conclusão não prevaleceram.

84 TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, n. 2.2.

85 TARUFFO, Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba, p. 84.

86 Ver NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 10. Segundo o autor, a *law of evidence* desmente a afirmativa de que o "livre convencimento é incompatível com uma oportuna regulamentação legal da prova."

> È da notare che in una tale tipologia di ordinamento interviene tutto un giuoco di regole d'esclusione (***exclusionary rules***), di cui i giuristi inglesi dicono che **non tendono a ridurre il campo della manifestazione della verità** ma al contrario a proteggere la verità evitando che il giudice sia indotto in errore da informazioni che rischiano di turbare gli sviluppi delle udienze. È a questo titolo che la prova per "sentito dire" è esclusa in diritto inglese e, anche se con certe sfumature, nel diritto italiano, ma anche in altri ordinamenti. Altra esclusione concerne la personalità dell'accusato.[87]

Com isso encerro a exposição teórica sobre os sistemas de valoração da prova. Mas é interessante ver como os nossos juízes estão julgando, em um sistema (nosso CPC) que a unanimidade da doutrina diz ser o da persuasão racional.

2.7 Sistema adotado na prática brasileira

À guisa de conclusão, utilizarei os sistemas-tipo acima para tentar classificar o sistema observável na prática judiciária brasileira atual.

Conforme visto, para que haja motivação do juízo de fato, motivação da valoração da prova, e portanto sistema da persuasão racional, não basta dizer que estão nos autos as provas A, B e C e que, portanto, o fato X resultou provado. É preciso dizer *por que* as provas A, B e C são suficientes para a prova do fato. Como diz Taruffo, "la motivazione deve essere adeguata ed

---

87 PAVIŠIĆ, *La comparazione dei principali sistemi penali europei*, p. 34.

effettiva."[88] Mas isso é extremamente difícil de ser feito, e parece até estranho fazê-lo, pois não faz parte da nossa prática forense, tão imbuídos que estamos do costume de decidir com base na *íntima convicção*.

Procurei algumas sentenças e acórdão com controvérsia fática para tentar descobrir qual dos sistemas é seguido na prática judiciária nacional.

1o caso. **Fato controvertido**: convivência do casal na data do óbito. **Decisão**: Quanto à alegação de ausência de provas quanto à convivência do casal na época do óbito, cumpre ressaltar o parecer do representante do Ministério Público:

> ... de fato não há provas incontestes de que o casal permanecia em convivência na época do falecimento do servidor. Entretanto, **o fato da companheira ser mantida como dependente no plano de saúde do IPERGS, com renovação da carteira social um ano antes do falecimento, induz à prova de que mantinham a convivência na data do óbito**. Foram juntadas diversas certidões, que dão conta que a convivência iniciou-se por volta de 1954 (nascimento da primeira filha)... (TJRS, 70016692576, Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro, fl. 184)

2o caso. Discute-se sobre o **fato de o autor estar em gozo de benefício** previdenciário quando da sua demissão. A sentença descreve a prova que está nos autos: atestados e comunicação de acidente do trabalho (CAT) e conclui que "*é bem evidente, não está nos autos a prova de que o benefício tenha sido concedido*." **Não se diz, em momento algum, por que a prova é insuficiente**. Processo: 64a. Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ, 00388-2006-064-01-00-6.

---

[88] TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, n. 5.

3o caso. Responsabilidade civil por acidente de trânsito. **Fatos controvertidos**: evento, nexo de causalidade e culpa. A sentença transcreve depoimentos e passa à conclusão:

> Destarte, **demonstrados à evidência a ocorrência do evento** (acidente), **do nexo de causalidade** e de ter o motorista Cícero de Medeiros Dantas, contribuído **culposamente** ao ter tentado forçar ultrapassagem em local (curva) onde não passavam dois caminhões, o que provocou, imprudentemente, a saída do caminhão da vítima da pista, provocando-lhe o capotamento do caminhão deste e conseqüente lesões corporais, cuja natureza e sede lhe causaram a morte, conforme Laudo Cadavérico. (3a Vara de Juazeiro do Norte/CE, 1999.016.00231-6, julg. 30-9-1999)

4o caso. **O fato controvertido**: a autora teria trabalhado por 10 anos na atividade rural. **A decisão**: diz que há nos autos uma certidão de nascimento de um filho, na qual a autora está qualificada como "lavradora", diz que as testemunhas afirmam que viram a autora trabalhando. Sem outra explicação, conclui que o fato está provado. Processo: 1a VF Araçatuba/PR, Juiz Federal Renato Luís Benucci, Julg. 8-4-1999.

5o caso. **Fato controvertido**: acidente do trabalho, nexo causal e lesão decorrente. **A decisão**: "Em conformidade com o laudo médico judicial, o autor possui os sintomas das lesões ocasionadas pelo acidente de trânsito do qual foi vítima. ... Outrossim, o nexo de causalidade se encontra positivado no doc. de fl. 17, o qual demonstra que o acidente de trânsito ocorreu quando o autor se deslocava com sua motocicleta ao local de trabalho." Sequer se dá ao trabalho de dizer considerou os fatos como provados: nega provimento à apelação do réu. Processo: TJRS, REOAC 70014905673, Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julg. 31-8-2006.[89]

---

[89] Similares: 70014619738 e 70014619738.

6o caso. **Fato controvertido**: a redução da capacidade financeira do alimentante. **A decisão**: "Entrementes, a prova documental coligida se exibe frágil, seja para comprovar a redução nas possibilidades financeiras do alimentante; ... Além disso, o apelante segue desempenhando a mesma atividade profissional em empresa pertencente à sua família, não logrando igualmente comprovar qualquer modificação havida em seus ganhos. (Mera descrição de elementos de prova). **Conclusão**: "De sorte que inalterada permanece a possibilidade de prestar os alimentos" (TJRS, 70015939275, Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julg. 14-9-2006).

7o caso. **Fato controvertido**: Vários, mas um fato decisivo era **se os chuveiros Splinkers (dispositivo de segurança do prédio) funcionaram** por ocasião de um incêndio. **Provas**: Certidão do Corpo de Bombeiros e laudo pericial particular dizendo que não funcionaram. Depoimentos de testemunhas dizendo que funcionaram. **Valoração da prova**: "O que pretende o recorrente, com sua confrontação entre o depoimento dos informantes e a certidão do Corpo de Bombeiros, é que seja adotado o critério legal como sistema para a apreciação da prova. Tal sistema há muito se encontra superado. A prova testemunhal colhida é clara quando aponta que os chuveiros Splinkers funcionaram, não havendo qualquer discrepância nos depoimentos que levantasse suspeita ou incerteza quanto a sua apreciação." **Juízo de fato**: "o não funcionamento do sistema de incêndio ... não restou comprovado pelo autor" (TJRS, 70012473658, Des. Luís Augusto Coelho Braga, julg. 13-9-2006).

Note-se que nesses casos há um "salto" (a) da simples menção da prova existente para (b) a conclusão do juízo de fato. Se decisões como essas forem a maioria, e me parece que são, estaremos vivendo, na prática, sob o sistema da íntima convicção ou, o que é mais provável, sob dois sistemas aplicados

casuisticamente: o da íntima convicção e o da persuasão racional.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BRUNNER, Heinrich. **Historia del derecho germánico**. Según la octava edición alemana de Claudius von Schwerin. Trad. José Luis Álvarez Lópes. Barcelona: Labor, 1936.

CAENEGEM, Raoul C. van. History of european civil procedure. In: DAVID, René (ed.). **International encyclopedia of comparative law**. v. 16, chapter 2. Paris e New York: IALS, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. III. ISBN 88-14-04201-2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III. ISBN 85-7420-285-1.

ELIZONDO, Francisco Antonio de. **Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias**, IV. Madrid: J. Ibarra, 1786.

ENGELMANN, Arthur et al. **A history of continental civil procedure**. Trad. e ed. Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

EVANS, G. R. **Law and theology in the Middle Ages**. London: Routledge, 2002. ISBN 0-415-25328-4.

GELIO, Aulo. **Noches Áticas**. Trad. Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: EJEA, 1959.

GIBBON, Edward. **The history of the decline and fall of the roman empire**. New York, Collier Books [1962].

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971. ISBN 88-14-03228-9.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Os Pensadores).

KADRI, Sadakat. **The trial**. New York: Random House, 2006. ISBN 0-375-75703-1.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O Direito Processual da Idade Média**. Porto Alegre: SAFE, 2006. ISBN 85-7525-349-2.

KNIJNIK, Danilo. Os standars do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. vol. 353.

LEVAGGI, Abelardo. **Historia de la prueba em el proceso civil indiano y argentino**. Buenos Aires: Depalma, 1974.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974. ISBN 88-14-08868-3.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**. v. 90, p. 55-83, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Problemas atuais da livre apreciação da prova**. Disponível em: http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir3.htm. Acesso em: 28 jun. 2005.

PALAZZOLO, Giorgia Alessi. **Prova legale e pena**: La crisi del sistema tra evo medio e moderno. Napoli: Jovene, 1979.

PAVIŠIĆ, Berislav. **La comparazione dei principali sistemi penali europei**: Guida alle lezioni. Università degli Studi di Macerata. Dicembre 2002. Disponível em: <law.pravri.hr/em/zavodi/COMPARAZIONE.rtf>. Acesso em: 8 out. 2006.

PENNINGTON, Kenneth. **The prince and the law**, 1200-1600: sovereignty and rights in the western legal tradition. Berkeley: University of California Press, 1993. ISBN 0-520-07995-7.

ROCHA, Manuel António Lopes. **A Motivação da Sentença**. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/>. Acesso em: 2 out. 2006.

ROSONI, Isabella. **Quae singula non prosunt collecta iuvant**. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Milano: Giuffrè, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. II. ISBN 85-02-04621-7.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. I. ISBN 85-203-1822-3.

TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. **Discusiones**, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 3, p. 15-41, 2002. ISSN: 1515-7326.

TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. **Discusiones**, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 3, p. 81-97, 2002. ISSN: 1515-7326.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario. **L'attività del giudice**: mediazione degli interessi e controllo delle attività. Torino: Giappichelli, 1997. ISBN 88-348-6230-9.

TARUFFO, Michele. La prueba científica en el proceso civil. In: JORDI, Ferrer Beltrán; MARINA, Gascón Abellán; DANIEL, González Lagear; TARUFFO, Michele. **Estudios sobre la prueba**. Mexico: UNAM, 2006. ISBN 970-32-3369-4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1. ISBN 85-309-1837-1.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. III.

VEYNE, Paul. O império romano. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v. I. ISBN 85-7164-083-1.

WALTER, Gerhard. **La libre apreciación de la prueba**: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convincimiento judicial. Trad. Tomás Banzhaf: Bogotá, Temis, 1985.

3 O CONCEITO DE SENTENÇA CÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO

Resumo
Este estudo busca delinear o conceito de sentença no direito brasileiro. Ele examina a etimologia da palavra, a história do conceito, sua presença no direito de outros países e, principalmente, seu conceito legal no direito brasileiro atual.
Palavras-chave: sentença, interlocutória, mérito, coisa julgada.

Abstract
The study tries to outline the concept of sentença *(final judgment) in the Brazilian law. It focuses on the etymology of the word, the history of the concept, its presence in the law of other countries, and mainly its legal concept under the preset Brazilian law*
Keywords: final judgment, interlocutory, merits, res judicata.

3.1 Introdução

Este estudo trata do conceito de sentença cível, especialmente no direito brasileiro atual. O conceito de sentença é fundamental para a teoria e a prática dos recursos, da ação rescisória, da coisa julgada e da execução. Examinar-se-á inicialmente o que é sentença, especialmente no direito positivo brasileiro posterior à Lei n. 11.232, de 22-12-2005, que deu novo tratamento à matéria.

3.2 O conceito de sentença

3.2.1 Origem do conceito

Uma das funções mais notórias do processo judicial é estabelecer qual dentre opiniões rivais deve ser respeitada.[90] Poder-se-ia acrescentar "estabelecer pacificamente",[91] com a ressalva de que nem sempre foi assim[92] e que este não é,

---

90 Essa função, mencionada por Castro Mendes, é bastante ampla, mas mesmo assim refere-se apenas ao escopo jurídico do processo, que é o que nos interessa por ora. Ver MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. [Lisboa]: Ática, [1968], p. 34. A literatura sobre as funções do processo judicial é vasta. Esse foi um tema muito debatido no início do século XX, por influência da Escola antropológica Funcionalista, cujo precursor foi Émile Durkheim (1858-1917). No campo do direito, concluiu-se, por exemplo, que a função do processo seria "pacificar com justiça" (Carnelutti), "aplicar o direito objetivo" (também Carnelutti), "possibilitar o ataque e a defesa" (Wach), "a atuação da vontade da lei" (Chiovenda), "fazer com que a sentença seja justa" (Calamandrei) etc. Cândido Dinamarco demonstra que são várias as funções do processo. Os escopos do processo, segundo a sua classificação, seriam jurídicos, sociais e políticos. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-315-7. Em trabalho anterior, examinei as funções do processo no período da Idade Média. Ver KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O Direito Processual da Idade Média*. Porto Alegre: SAFE, 2006. ISBN 85-7525-349-2.

91 Ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000 (2. ed. italiana 1935), v. I. ISBN 85-7468-066-4, p. 56-57.

92 Refiro-me aos antigos meios de prova, dentre os quais figurou

portanto, um traço indispensável do processo judicial. Pois bem, o pronunciamento da decisão sobre qual das opiniões rivais deve ser respeitada é o que historicamente se considera uma *sentença*.

A palavra vem do latim *sententia*, de *sentíre* (perceber pelos sentidos, sentir).[93] A palavra conservou, ao longo do tempo, uma ligação com seu significado original,[94] na medida em que sentença constitui expressão do *sentir, do julgar,* do juiz sobre o caso que lhe foi apresentado. O sentir, o juízo, é a operação mental,[95] a sentença o seu pronunciamento.

O fenômeno é bem anterior à palavra latina e é provável que tenha existido, ao menos como manifestação embrionária,[96] desde os primórdios da humanidade.

Assim, quando Salomão (ca. 970-937 a.C.) disse, em uma disputa pela guarda de uma criança, com qual das requerentes ela deveria ficar, proferiu uma sentença.[97]

---

por muito tempo o duelo e a tortura. Ver KEMMERICH, *O Direito Processual da Idade Média*, p. 66-67 e 120-121.

93 Conforme INSTITUTO Antônio Houaiss de Lexicografia. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa* [CD-ROM]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

94 Ver ENGELMANN, Arthur. The roman procedure. In: ENGELMANN, Arthur et al. *A history of continental civil procedure*. Trad. e ed. Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927, p. 363.

95 Não é preciso definir, por ora, se esta é uma operação lógica ou volitiva.

96 A expressão é de NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença civil*: perfil histórico-dogmático. São Paulo: RT, 1995. ISBN 85-203-1275-6, p. 109-110.

97 Ver 1Rs 3,27. Note-se que na edição brasileira da Bíblia de Jerusalém foi traduzido por "sentença" o vocábulo que na

Da mesma forma, no período das *legis actiones* (ca. 753-17 a.C.),[98] quando o juiz romano julgava uma *actio sacramentum* (origem em ca. 509 a.C.), declarava em sentença qual dos litigantes havia feito um juramento justo e qual um injusto ("*utrius sacramentum justum, utrius injustum sit*").[99] Posteriormente, passaram a existir também sentenças de cunho condenatório[100] ("*si paret ... condemna; si non paret, absolve*").[101]

Segundo Chiovenda, as fontes romanas reservam o uso da palavra *sententia* para o pronunciamento que soluciona o conflito

---

Vulgata de São Jerônimo foi traduzido por "iudicium", o que indica a proximidade dos conceitos de juízo e sentença. Confira-se: "*Todo o Israel soube da sentença que o rei havia dado, e todos lhe demonstraram muito respeito, pois viram que possuía uma sabedoria divina para fazer justiça*" e "*audivit itaque omnis Israhel iudicium quod iudicasset rex et timuerunt regem videntes sapientiam Dei esse in eo ad faciendum iudicium*" (1Rs 3,28).

98 As datações referentes ao direito romano estão baseadas em BORKOWSKI, Andrew; PLESSIS, Paul du. *Textbook on Roman Law*. 3rd edn. Oxford: OUP, 2005. ISBN 0199276072.

99 ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 271-274. Ver também CICERO, Marcus Tullius. *Orationes*. Milano: Cisalpino-la Goliardica, [1984]. ISBN 8820505169, pro A. Caecina oratio, 97 e PETIT, Eugène. *Tratado elementar de direito romano*. Trad. Jorge Luís Custódio Porto. Adaptação e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003. ISBN 85-89251-14-4, p. 827.

100 Ver ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 123.

101 GAIUS. *Institutiones*. Translation and commentary by Edward Poste. 4th ed., rev. and enl. by E.A. Whittuck; with an historical introduction by A.H.J. Greenidge. London; New York: Oxford University Press, 1925, IV, 41 e 43.

de interesses.[102] Os pronunciamentos judiciais que não solucionassem o conflito de interesses eram denominados *interlocutiones*. No direito romano *sententia* e *interlocutio* eram, portanto, pronunciamentos completamente diversos.[103] A primeira, o sentimento do juiz sobre o mérito, era proferida depois "que as partes haviam dito o que tinham para dizer sobre todas as questões."[104] A segunda era uma decisão no decorrer do processo, sem produção de coisa julgada.[105] Diferente era o caso do processo germânico medieval, em que havia tantos julgamentos quantas fossem as questões controvertidas e, assim, várias sentenças em um processo.[106] No direito comum medieval surgiu a *sententia interlocutoria*, que era uma decisão no curso do processo, mas apelável e apta a tornar-se *res judicata*.[107]

---

[102] Ver CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993, v. III. p. 231-285 e CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 156.

[103] Ver ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro, AIDE, 1992, p. 82.

[104] TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 24.

[105] Ver CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 158.

[106] Conforme ENGELMANN, *A history of continental civil procedure*, p. 362; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 163-164; CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993, v. I. p. 181-224 e LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 154-155.

[107] Ver CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 161 e 165-166. A questão da apelabilidade das sentenças interlocutórias não estava definida de modo uniforme no direito

3.2.2 A sentença no direito estrangeiro

O preciso significado técnico de sentença varia consideravelmente de um ordenamento jurídico positivo para outro, de maneira que não se pode, em uma abordagem técnica ou na prática judiciária, ignorar o seu conceito *legal*.

No direito processual civil italiano, conservou-se a existência de sentenças *não-definitivas*,[108] que resolvem parte da

---

medieval. A esse respeito fiz anteriormente a seguinte observação: "*É preciso observar que, apesar da clareza do* Decretum Gratiani*, a questão da apelabilidade das interlocutórias não obteve tratamento uniforme nem mesmo no âmbito do direito comum: civilistas, como Bartolus, baseados no* Corpus *de Justiniano (C 7,62,36), defendiam a inapelabilidade, enquanto que canonistas, amparados no* Decretum *(2,6), defendiam a possibilidade de apelação. A* Clementina saepe *(ca. 1312-1314) adotou a inapelabilidade, nos processos sob o seu rito. Assim também concluiu o Concílio de Trento (1545-1563), estendendo a inapelabilidade das interlocutórias a todos os processos do direito canônico. Por outro lado, diversos direitos locais (o português, por exemplo), adotavam a recorribilidade.*" - KEMMERICH, *O Direito Processual da Idade Média*, p. 132.

[108] "Não-definitiva", na linguagem do direito italiano, não deve ser confundida com "não-definitiva", na linguagem brasileira. Lá é sinônimo de "não-final", aqui é sinônimo de "não de mérito". Ver LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I (tradução da 4. ed italiana, de 1980). ISBN 85-7420-552-4, p. 310.

matéria sem por fim ao processo.[109]

Previsão similar existe no processo civil alemão, que admite que uma sentença parcial (*Teilurteil*) seja proferida antes do final do processo, desde que a questão esteja pronta para julgamento e não possa ser afetada pela decisão do restante da matéria na sentença final (*Endurteil*).[110]

Na *common law*, *sentence* não é tanto a decisão judicial (*judgment*), mas principalmente o seu conteúdo condenatório penal. Por isso se fala, por exemplo, em *life sentence* (condenação à prisão perpétua), *death sentence* (condenação à pena de morte) ou *prision sentence* (condenação à pena de prisão). Os procedimentos da *common law*, em geral, admitem o julgamento definitivo de algumas questões, inclusive de mérito, antes do julgamento final (*final judgment*) do processo.[111]

Muitos outros ordenamentos poderiam ser examinados, mas o objetivo deste estudo não é fazer uma comparação entre o que os diversos ordenamentos jurídicos dispõem sobre a sentença e sim dar uma idéia geral de seu conceito. Feito isso,

---

[109] Diz o *Codice di Procedura Civile*, art. 279: "*... Il collegio pronuncia sentenza: 1) quando definisce il giudizio, decidendo questioni di giurisdizione o di competenza; 2) quando definisce il giudizio, decidendo questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito; 3) quando definisce il giudizio, decidendo totalmente il merito; 4) quando, decidendo alcune delle questioni di cui ai numeri 1, 2 e 3, non definisce il giudizio e impartisce distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa*;...". Ver LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 310.

[110] Ver *Zivil Prozess Ordnung*, § 301.

[111] Confira-se, por exemplo, a "Rule 52. Findings by the Court; Judgment on Partial Findings" das "U. S. Federal Rules of Civil Procedure".

cabe examinar o conceito de sentença no direito brasileiro.

3.2.3 A sentença no direito brasileiro: aspectos históricos

Iniciemos com o direito das Ordenações portuguesas, aplicado no Brasil até a promulgação das primeiras leis brasileiras, após a Independência (1822), e mesmo após a promulgação destas, de forma subsidiária.[112]

As Ordenações classificavam as sentenças em interlocutórias e definitivas. A sentença *definitiva* era uma sentença em sentido estrito,[113] aquela que condenava ou absolvia o réu, ou seja, que julgava o mérito do pedido, e encerrava o dever e o poder de julgar do juiz.

---

[112] Conforme Lei de 20-10-1823. Ver NORONHA, *Sentença civil*, p. 252-253 e 259.

[113] Uma vez que são variadas as espécies de pronunciamento que recebem a denominação de *sentença* em cada ordenamento jurídico, é útil identificar desde logo aquela espécie que, em linhas gerais, constitui o objeto central desta investigação, que é justamente aquela que decide a lide de modo irrevogável. Moacyr Santos diz que a *sentença em sentido estrito* corresponde à *sententia* no sentido romano: é "*sentença definitiva, é sentença final de mérito. A sentença definitiva resolve a lide. O conflito, suscitado pelo pedido do autor e contestação, virtual ou real, do réu, se compõe pela decisão que o juiz profere. Fica, em conseqüência, satisfeita a obrigação jurisdicional do Estado, esgotando-se a função do juiz e, pois, encerrando-se a relação processual. (...) Resolvendo a lide, compondo-a, a sentença será a lei reguladora da espécie decidida.*" SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. III. ISBN 85-02-04303-X, p. 9.

> **Das Sentenças diffinitivas.** Todo Julgador, quando o feito for concluso sobre a diffinitiva, verá e examinará com boa diligencia todo o processo, assi o libello, como a contestação, artigos, depoimentos, a elles feitos, inquirições, e as razões allegadas de huma e outra parte; e assi dê a sentença deffinitiva (...)
> 1. O Julgador sempre dará sentença conforme ao libello, **condenando ou absolvendo** em todo, ou em parte, segundo o que achar provado pelo feito. (...)
> 5. E depois que o Julgador der huma vez sentença diffinitiva em algum feito, e a publicar, ou der ao Scrivão, ou Tabellião, para lhe pôr o termo da publicação, **não tem mais poder de a revogar**, dando outra contraria pelos mesmos autos. (...)[114]

A sentença interlocutória era aquela dada no curso do processo, antes da definitiva. Era normalmente revogável e inapelável, caso em que pertenceria à espécie *interlocutória simples*. Naqueles casos, porém, em que a sentença interlocutória (a) extinguisse o processo, impedindo a prolação da sentença definitiva, ou naqueles em que (b) a sua execução pudesse causar dano irreparável e, portanto, impossível de revogação eficaz na definitiva, ela seria da espécie *interlocutória mista.*

> **Das sentenças interlocutórias**, e como podem ser revogadas. Sentença interlocutoria he chamada em Direito qualquer sentença, ou mandado, que o juiz dá, ou manda, em algum feito, **antes que dê sentença diffinitiva**. E todo juiz **póde**

---

[114] Ordenações Filipinas (1603), Livro 3, Tit. 66, grifo nosso. Previsão idêntica já constava das Ordenações Afonsinas (ca. 1446). Sobre o tema, ver: AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: RT, 2005. ISBN 85-203-2685-4, p. 199-203. Para a datação das Ordenações, seguiu-se HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mem Martins, Portugal: Europa-América, 1997. ISBN 9721042250.

> **revogar sua sentença interlocutoria**, antes que dê a diffinitiva, porque depois que a diffinitiva he dada, já se não entremetterá mais para julgar em aquelle feito, que ja he findo; he assi a sentença diffinitiva não poderá ser por o Juiz que a deu mais revogada, porque deu per ella fim a todo seu juizo.[115]
>
> Das sentenças interlocutorias (...) não poderá alguma das partes appellar, **salvo (...) que pela tal interlocutoria seja o feito acabado**, por maneira que o Juiz, que a deu, não póde em elle por aqella citação mais proceder, nem dar sentença diffinitiva no principal,[116] mas **he logo finda a citação**; assi

---

115 Ord. Filipinas, Livro 3, Tít. 65. Ver também Ord. Manuelinas (ca. 1512-1514), Livro 3, Tít. 48: "Das sentenças interlucutorias como podem seer reuoguadas" e Ord. Afonsinas (ca. 1446), Livro 3, Tít. 67: "Das Sentenças Interlucutorias, quando podem ser revoguadas."

116 Que tipo de questão impediria, quando resolvida, a prolação da sentença definitiva? Poderia a sentença interlocutória mista julgar parte do pedido, de maneira a prejudicar seu exame posterior? A resposta é negativa. Mesmo quando sentença correspondesse a parte do mérito ela seria ainda revogável, ou seja, não impediria o juiz de dar a sentença definitiva sobre a mesma questão. A única sentença que impedia realmente o juiz de dar a sentença definitiva era a que extinguisse o processo. A sentença interlocutória cuja execução pudesse causar dano irreparável foi equiparada, por razões de fato, à que extinguia o processo. Mas isso para preservar a utilidade prática da sentença definitiva e não porque a eventual questão de mérito ali examinada não pudesse mais ser julgada. Sobre o tema, Ovídio B. da Silva chega à seguinte conclusão, com a qual concordamos: "*Ao contrário do que seria possível imaginar, o 'prejuízo' porventura causado à 'questão principal' não decorria jamais de uma decisão prévia de mérito, ou de uma decisão sobre questão prejudicial ao* meritum causae, *sendo ao contrário um prejuízo que se poderia dizer de fato, causado indiretamente à questão principal, em virtude da apreciação de uma questão processual que tornava*

> como se a parte pede ao Juiz que lhe mande citar a outra parte e o Juiz determina que não ha de ser citado, ou julga, que a citação, que he já feita, he nenhuma, ou não valiosa, ou julga que o demandado não he obrigado a responder, ou que o autor não he pessoa para demandar, ou que o libello, ou petição não procede.[117]
>
> E se antes do réo vir com contrariedade, achar que a materia do libello he tal, que por ella **não póde o autor ter aução** para demandar o que pede (...) **absolverá o réo da instancia do Juízo** (...)[118]

Em caso de sentença obscura, o juiz estava autorizado a esclarecer as dúvidas sobre ela.[119]

Após a Independência (1822), o primeiro ato legislativo nacional de relevo para o processo civil foi o Decreto n. 737, de 25-11-1850, também conhecido como Regulamento 737, que disciplinava "a ordem do juízo no processo comercial."[120] Ele manteve a classificação tradicional das sentenças (definitiva, interlocutória simples e interlocutória mista).[121] Bem o

---

inviável o julgamento de mérito. Observa-se, porém, que a separação entre questões processuais e questões de mérito que seria indispensável fazer, a fim de distinguir uma interlocutória de uma sentença parcial, ou de uma sentença liminar de mérito, não se fazia com a necessária clareza, de modo a evitarem-se confusões." - SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro, 2001. ISBN 85-309-1276-4, p. 7.

117 Ord. Filipinas, Livro 3, Tít. 69.

118 Ord. Filipinas, Livro 3, Tít. 20, § 16.

119 Ver Ord. Filipinas, Livro 3, Tít. 66, § 6.

120 Preâmbulo do Dec. n. 737, de 25-11-1850.

121 Ver Decreto n. 737, de 25-11-1850, arts. 230-235, 646-648 e 668-

demonstra o comentário de Antonio de Faria ao decreto. Ele não apenas referenda a classificação tradicional como, ainda 1912, cita as Ordenações em apoio:

> A sentença divide-se em *definitiva* e *interlocutoria*:
> A primeira é a que decide a questão principal ou causa e põe fim ao processo; a segunda a que decide somente alguma questão incidente do processado, antes da definitiva (*Ord. l. 3 t. 65 pr*. ..).
> A interlocutoria diz-se *simples* – quando decide somente as questões tendentes a ordem do processo, e *mixta*, – se com a decisão do incidente prejudica a questão principal e põe fim ao processo e á instancia, ou contem damno irreparavel. (...)
> A sentença definitiva não póde ser revogada pelo juiz, quer este a tenha proferido bem ou mal, porque com a sentença findou o seu officio.
> A sentença interlocutoria póde ser revogada pelo proprio juiz (...) (*Ord. l. 3 t. 65*);[122]

Seguiu-se o período dos códigos estaduais de processo civil, bastante similares ao Regulamento n. 737, que continuou sendo aplicado no âmbito da Justiça Federal. Os códigos estaduais também mantiveram a classificação tradicional das sentenças, mas já percebiam que algumas das questões decididas nas sentenças interlocutórias integravam o mérito da causa e, portanto, faziam coisa julgada.

> Art. 507. A sentença interlocutória tem força de definitiva, quando põe têrmo ao feito, nos seguintes casos:
> a) de absolvição da instância;

670.

122 FARIA, Antonio Bento. *Codigo Commercial Brazileiro annotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912, p. 808.

> b) de rejeição *in limine* de embargos do executado ou de terceiro embargante;
> c) de denegação do recebimento da apelação;
> d) de deserção da apelação;
> e) de julgamento sôbre a procedência ou improcedência do arresto ou seqüestro.[123]

Confira-se o comentário de Oswaldo Vergara a esse artigo. Nele se encontra um resumo da doutrina da época sobre as espécies de sentença e sobre a ligação da coisa julgada com as decisões de mérito.

> A sentença que decide o ponto controvertido, isto é, o mérito da causa, se chama resolutória.
> Divide-se em *interlocutória*, si a decisão versa sôbre um incidente da causa, e *definitiva* si, ao contrário, versa sôbre o seu ponto principal. A interlocutória se divide em simples e mixta, conforme se limita ao incidente, ou conjuntamente, prejudica o andamento do processo.
> A sentença interlocutória, desde que resolva uma questão incidente, levantada entre as partes, resolve definitivamente a questão e, com relação a ela, constitue coisa julgada.[124]

Em 1939, a disciplina legal do processo civil voltou a ser nacionalmente unificada, sob o novo Código de Processo Civil (Decreto-Lei n. 1.608, de 18-9-1939). O Código de 1939 não continha uma classificação explícita das decisões judiciais. A doutrina a deduziu das regras referentes aos recursos e à coisa julgada. Assim, as decisões judiciais estariam classificadas

---

[123] Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul: Lei n. 65, de 16-1-1908.

[124] VERGARA, Oswaldo. *Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul*. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1936, p. 232.

implicitamente em:

> *acórdãos* (art. 783), em *sentenças definitivas* (arts. 280-290 e 820), em *sentenças terminativas* (art. 846), em *sentenças interlocutórias* (arts. 842 e 851), e em despachos ou *despachos de expediente* (arts. 20 e 113).[125]

Para os pronunciamentos que decidissem o mérito, o Código estabelecia recurso de apelação e conferia aptidão para, com o trânsito em julgado, formar coisa julgada material. O Código dizia: "A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas" (art. 287). Logo, a sentença que não decidisse a lide não teria "força de lei", ou seja, não faria coisa julgada material. A sentença que extinguisse o processo sem decidir a lide deveria ser impugnada através de agravo de petição (art. 846).[126] A que decidisse a lide, ainda que parcialmente e sem extinguir o processo, seria apelável

---

[125] NORONHA, *Sentença civil*, p. 271.

[126] Cândido Dinamarco entende que, para o CPC de 1939, apenas a decisão de mérito era sentença. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III. ISBN 85-7420-285-1, p. 651. Sendo assim, a decisão mencionada no art. 846 ("*decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito*") seria uma interlocutória mista. Parece-me, porém, que tal entendimento não é necessariamente verdadeiro. É que o citado Código se absteve de conceituar sentença, seja definitiva ou terminativa. Limitou-se a definir *os recursos* cabíveis em razão do conteúdo substancial de cada decisão. Assim, o art. 820 diz que das decisões definitivas (de mérito) cabe apelação e o art. 846 diz que das decisões terminativas cabe agravo de petição. A tarefa de chamar ou não de sentença cada uma dessas decisões foi deixada para a doutrina e para a jurisprudência.

(art. 820).

O CPC de 1939 não é claro a respeito da possibilidade de julgamento parcial do mérito antes da sentença final, ou seja, sobre a possibilidade de resolução do mérito em vários momentos. Pode-se, contudo, deduzir que, mesmo sem previsão expressa, sentenças desse tipo não eram vedadas, uma vez que a sentença não era conceituada como ato que extingue o processo e, portanto, na prática, o juiz poderia julgar desde logo algum dos pedidos e dar prosseguimento aos atos necessários para o julgamento dos pedidos restantes. Chiovenda trata da hipótese com grande clareza, fazendo ver que, exceto no caso de vedação legal, o mérito pode ser decidido em vários momentos.

> De outro turno, porém, reconhece-se ainda que, se a prestação principal do juiz pode satisfazer-se em vários momentos, como na hipótese de cumulação de ações, toda sentença que se pronuncia sobre uma das demandas, ou sobre parte de demanda, é definitiva, conquanto parcial.[127]

Nesse sentido, Galeno Lacerda, referindo-se ao CPC de 1939, afirma que ...

> ... tôdas as demais decisões *in medium litis*, favoráveis ao autor, sôbre questões de mérito, em face do direito brasileiro [art. 289], não só preculem, como adquirem a autoridade da coisa julgada, pois que possuem efeito além do processo.[128]

Ainda sobre a possibilidade de resolução do mérito em momentos distintos, na vigência do CPC de 1939, confira-se, por exemplo, o seguinte julgado do STF em que se decidiu ser

---

[127] CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 279.

[128] LACERDA, *Despacho saneador*, p. 169.

apelável uma decisão sobre o mérito proferida antes da sentença final: “Decisão interlocutória, mas com caráter definitivo, de questão suscitada no curso de inventário; dela cabe apelação.”[129]

Por fim, também da leitura do art. 288 se pode extrair a mesma conclusão:

> Art. 288. Não terão efeito de cousa julgada os despachos **meramente interlocutórios** e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.

Note-se o emprego do advérbio “meramente”, dando a entender que outros despachos, que não fossem meramente interlocutórios, poderiam ter efeito de coisa julgada. Diz Cesar Vasconcellos, em comentário aos arts. 288 e 289:

> É o princípio da inalterabilidade da sentença definitiva **e da que se lhe equipara** – a antiga **interlocutória mista**; e da modificabilidade das meramente incidentais, que até a decisão final podem ser alteradas, sem ofensa à coisa julgada que, através delas, não se forma.[130]

Em síntese, na linguagem do Código de 1939 os pronunciamentos judiciais de primeiro grau eram ou despachos ou sentenças (art. 113), mas o Código não deu o conceito dessas espécies de pronunciamento, aliás, pouco importava esse

---

[129] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 23535*, da 1ª Turma, Brasília, DF, Relator Min. Nelson Hungria, 10 ago. 1953, DJU de 8 abr. 1954, p. 3722. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 18 jun. 2006.

[130] VASCONCELLOS, Cesar C. L. de. *Código de Processo Civil com texto atualizado*: comentários e anotações. 2. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1955, p. 156, grifo nosso.

conceito, uma vez que o Código ou (a) indicava diretamente o recurso adequado para algumas hipóteses determinadas, sem um critério uniforme; ou (b) indicava os recursos cabíveis, usando como critérios o conteúdo e a irrevogabilidade da decisão, isto é, se ela decidia ou não de forma definitiva sobre o mérito.

O problema da opção do Código de 1939 é que o conceito de mérito (ou lide) dava, como hoje ainda dá, lugar a inúmeras controvérsias. Conforme afirma Alfredo Buzaid, “definir o que seja mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo.”[131] Como conseqüência, grande era a insegurança quanto ao recurso adequado para cada caso. Era tema controvertido, por exemplo, o recurso para os casos em que a decisão considerasse o autor parte ilegítima para a causa.[132]

Por essa razão, o novo Código de Processo Civil aprovado em 1973 passou a adotar um critério bem mais seguro:

> Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final no processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente.[133]

Coerentemente, adotou os seguintes conceitos para sentença e decisão interlocutória:

---

[131] BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11-1-1973. In: BRASIL. *Código de Processo Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04503-2, p. 21.

[132] Ver DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 651.

[133] BUZAID, Exposição de motivos do Código de Processo Civil, p. 24.

> CPC/1973, art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
> § 1o **Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo**, decidindo ou não o mérito da causa.
> § 2o Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.
> § 3o São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. (redação anterior à dada pela Lei n. 11.232, de 22-12-2005)

Hélio Tornaghi afirma que, "ao fixar esses conceitos nos §§ 1o e 2o, este código afastou-se tanto do Direito romano, quanto do germânico e, ainda, do Direito comum medieval."[134] Outros autores vão além, falam de um "rompimento com uma tradição multissecular."[135] Mas se a inovação parece grande em relação ao confuso Código de 1939, é preciso reconhecer que ela tem raízes em uma tradição mais antiga:[136] o que se chama hoje *sentença terminativa* (art. 267) não corresponde a uma das sentenças interlocutórias mistas das Ordenações? Não são ambas decisões tendentes a extinguir o processo sem julgamento do mérito, apeláveis e que não fazem coisa julgada? E a sentença

---

134 TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 24.

135 NORONHA, *Sentença civil*, p. 280 e DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 651.

136 Mostra-se inteiramente pertinente a seguinte idéia de Gadamer sobre tradição: *"A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si"* - GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da trad. Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005, v. I. ISBN 85-326-1787-5, p. 373, grifo nosso.

definitiva do CPC de 1973 (art. 269) não corresponde à *sententia* do direito romano? Não são ambas decisões tendentes a extinguir o processo com julgamento do mérito, apeláveis e aptas a formar *res judicata*?

Apesar da imperfeição na terminologia empregada,[137] o legislador de 1973 não fez mais do que identificar dois tipos de decisões que são *finais* e destinar-lhes um mesmo recurso: a apelação.[138] No mais, os seus efeitos continuam perfeitamente distintos: uma faz coisa julgada e a outra não. O mero fato de passar-se a denominar "sentença" ao que antes se chamava "sentença interlocutória mista" não apresenta maior relevância.

O principal problema com o conceito legal era que, sendo ele concebido segundo a idéia de um processo de execução separado do processo de conhecimento, não se adaptava a certas ações que, após a sentença, no mesmo processo, prosseguem para a imposição da decisão proferida. São exemplos de ações dessa espécie o mandado de segurança, a ação de despejo e as ações possessórias.[139] Mas isso não chegou a ser um obstáculo à permanência do critério legal. Enquanto as ações dessa espécie foram a exceção, o conceito continuou válido, embora alguns autores já defendessem que seria mais correto dizer, na vigência da citada redação do CPC, que sentença é o "provimento judicial

---

[137] Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V. ISBN 85-309-2217-4, p. 241; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 651 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ISBN 85-7387-837-1, p. 15-20.

[138] Barbosa Moreira caracteriza esse critério como "topológico". Ver MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 241.

[139] Ver SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. I. ISBN 85-203-1822-3, p. 402.

que põe termo ao ofício de julgar”[140] ou que apenas “o *processo de conhecimento* encerra-se com a sentença.”[141]

No entanto, contínuas alterações legislativas (Lei n. 8.952/1994, Lei n. 10.444/2002 e Lei n. 11.232/2005) acabaram por trazer os atos de imposição da sentença para a mesma relação processual em que esta é proferida. O início de uma nova relação processual para execução da sentença acabou por tornar-se exceção. Nesse quadro, não poderia a sentença continuar conceituada como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo” (art. 162, § 1o).

3.2.4 A sentença no direito brasileiro atual

A solução adotada pela Lei n. 11.232, de 22-12-2005, foi excluir do conceito de *sentença definitiva* a destinação de pôr termo ao processo. Em vez disso, adotou-se como critério o que o Código já definia como hipóteses de resolução do mérito (art. 269).

> Art. 162, § 1o. **Sentença** é o ato do juiz que **implica** alguma das **situações previstas nos arts. 267 e 269** desta Lei.
>
> **Art. 267**. **Extingue-se o processo, sem resolução de mérito**:
> I - quando o juiz indeferir a petição inicial;
> II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
> III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

---

140 CÂMARA, *A nova execução de sentença*, p. 16.

141 SILVA, *Curso de processo civil*, p. 402.

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
VII - pela convenção de arbitragem;
VIII - quando o autor desistir da ação;
IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
XI - nos demais casos prescritos neste Código.

Art. 269. Haverá resolução de mérito:
I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;
II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;
III - quando as partes transigirem;
IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;
V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Uma vez que a sentença definitiva, desde que transitada em julgado, tinha como característica fazer coisa julgada material (art. 467), e a coisa julgada dependia da resolução do mérito (art. 468), passou-se a defini-la justamente como a decisão que resolve definitivamente (art. 463) sobre o mérito dos pedidos do autor. Veja-se que o grande problema de definir o que seja mérito, enfrentado sob o Código de 1939 e ainda aceso na doutrina, não incide aqui, pois o Código de 1973 estabelece, no art. 269, as hipóteses em que há resolução *de mérito*.

Em razão da eliminação da referência à *extinção do processo* do conceito de sentença definitiva, surgem dúvidas a respeito da possibilidade de julgamento do mérito em etapas ou em momentos distintos. O que impediria, na nova redação do art.

162, § 1o (conceito de sentença), a prolação de diversas sentenças em um mesmo processo, cada uma delas julgando algum dos pedidos apresentados? Parece-nos que nada impede, valendo para essa conclusão o mesmo que já foi dito acima em relação ao Código de 1939 (p. 18 *supra*).

Diferente é o caso da sentença terminativa. Do conceito desta não foi eliminada a referência à extinção do processo. Logo, não é apenas o enquadramento em alguma das hipóteses do art. 267 que basta para que a decisão seja uma sentença terminativa: é preciso que ela seja final, isto é, que seja apta a pôr fim ao processo, caso este não tenha prosseguimento por força de recurso.

Uma decisão definitiva de mérito (art. 269), no decorrer do processo, que não possa ser afetada pela decisão do restante da matéria, mesmo que deixe parte do pedido para decisão posterior, é sentença e, portanto, apelável (art. 513).[142] Uma decisão que não resolve o mérito (art. 267), proferida no decorrer do processo, é interlocutória e, portanto, agravável (art. 522).[143]

Chegamos, assim, ao entendimento do que é sentença no direito brasileiro atual. Segundo o *conceito legal interno*, considera-se sentença tanto o pronunciamento judicial no sentido de extinguir o processo sem julgamento do mérito como o pronunciamento judicial que decida o mérito de maneira definitiva (e não provisória), extinguindo o processo ou não, considerando-se como mérito as hipóteses do art. 269 e como alheias ao mérito as do art. 267. No que se refere à *sentença em*

---

[142] Como fazer essa apelação sem prejudicar o bom andamento do processo é questão que foge dos limites do presente estudo. É preciso observar, também, que esse entendimento ainda não tem tido aplicação prática e talvez jamais venha a ter.

[143] Para uma opinião em sentido contrário, ver CÂMARA, *A nova execução de sentença*, p. 21.

sentido estrito, a idéia permanece a mesma que se formou no direito romano e que se manteve ao longo da história. De uma maneira bastante ampla, pode-se citar para esse fim a definição da lei sarda: "decisão final de mérito da controvérsia",[144] com a observação de que o "final" de uma controvérsia não quer dizer necessariamente o final do processo que, contendo mais de uma controvérsia, poderá admitir uma decisão final para cada uma.

3.2.5 Sentença como resultado do processo

Retendo esse conceito, devemos examinar finalmente a sentença de um outro ponto de vista: a sentença vista após o trânsito em julgado, e não mais como *ato do procedimento*.[145] Nesse sentido, *sentença é a síntese do que remanesce das sentenças proferidas em cada um dos graus de jurisdição pelos quais o processo tenha tramitado*.[146] Esse poderia denominar-se o "conceito externo" de sentença.

Como ato do procedimento, em cada grau de jurisdição pelos quais o processo passa, uma decisão é proferida. O Código de Processo Civil denomina "acórdãos" as decisões dos tribunais, contudo poderia perfeitamente chamá-las também sentenças, como acontece em muitos outros ordenamentos

---

[144] VASCONCELLOS, *Código de Processo Civil com texto atualizado: comentários e anotações*, p. 148.

[145] A expressão é de DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 650.

[146] Quando o CPC de 1973 fala, por exemplo, que "*são títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil...*" (art. 475-N), está se referindo a sentença no sentido aqui denominado externo.

jurídicos.[147] Do ponto de vista externo, porém, todas essas decisões são consideradas de forma unitária: o resultado final é que conta.

Quanto às sentenças terminativas, que apenas extinguem o processo, sem resolver o mérito, já se observou acima que elas não correspondem à *sentença em sentido estrito*. Do ponto de vista interno, ou seja, como ato do procedimento, as sentenças terminativas apenas são *tratadas como* sentenças para alguns fins (recursos). Com mais razão elas são excluídas do conceito externo de sentença. Do ponto de vista externo, um processo extinto sem julgamento do mérito não gera uma sentença: ele é apenas um processo que foi extinto.

Sem entrar em muitos detalhes, pode-se resumir assim o *iter* processual que gera uma sentença: um juiz profere a sentença no primeiro grau; as partes podem recorrer dela no todo ou em parte; um tribunal pode alterar a sentença naquela parte em que houve recurso ou em questões examináveis de ofício; dessa decisão cabem outros recursos, cujos julgamentos, por tribunais superiores, poderão resultar em novas alterações das decisões inferiores. No final, tem-se uma regra jurídica concreta composta pela decisão do último grau de jurisdição mais as partes subsistentes das decisões dos graus inferiores. As decisões dos graus superiores prevalecem sobre as dos inferiores e as substituem, mas pode haver partes das decisões anteriores que não tenham sido recorridas e nem afetadas indiretamente pelas decisões superiores. A sentença (conceito externo) é uma decisão de formação subjetivamente complexa.

---

[147] Por exemplo: CPC do Chile, art. 168; CPC da Itália, arts. 380 e 392 e Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha, art. 465.

3.3 Conclusão

Em um conceito externo, *sentença é a síntese do que remanesce das sentenças proferidas em cada um dos graus de jurisdição pelos quais o processo tenha tramitado*. E como ato do procedimento (conceito interno), *sentença é a decisão final de mérito da controvérsia*.

Referências

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro, AIDE, 1992.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: RT, 2005. ISBN 85-203-2685-4.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **O direito de ser citado: perfil histórico**. São Paulo: Resenha Universitária; Osasco: FIEO, 1980.

BÍBLIA. A. T. Primeiro reis. Português. **Bíblia de Jerusalém**. Trad. José Raimundo Vidigal. São Paulo: Paulus, 2002. ISBN 85-349-1977-1. p. 468-506.

BÍBLIA. Latim. **Biblia sacra**. Juxta Vulgatam versionem. Rec. et brevi apparatu instruxit Robertus Weber. Stuttgart: Württembergische Bibelanstalt, 1969.

BORKOWSKI, Andrew; PLESSIS, Paul du. **Textbook on Roman Law**. 3rd edn. Oxford: OUP, 2005. ISBN 0199276072.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 23535**, da 1ª Turma, Brasília, DF, Relator Min. Nelson Hungria, 10 ago. 1953, DJU de 8 abr. 1954, p. 3722. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 18 jun. 2006.

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11-1-1973. In: BRASIL. **Código de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04503-2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ISBN 85-7387-837-1.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. In: **Saggi di diritto processuale civile** (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993, v. III. p. 231-285.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000 (2. ed. italiana 1935), v. I. ISBN 85-7468-066-4.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000 (2. ed. italiana 1935), v. III. ISBN 85-7468-068-0.

CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: **Saggi di diritto processuale civile** (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993, v. I. p. 181-224.

CICERO, Marcus Tullius. **Orationes**. Milano: Cisalpino-la Goliardica, [1984]. ISBN 8820505169.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-315-7.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III. ISBN 85-7420-285-1.

ENGELMANN, Arthur. The roman procedure. In: ENGELMANN, Arthur et al. **A history of continental civil procedure**. Trad. e ed. Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

FARIA, Antonio Bento. **Codigo Commercial Brazileiro annotado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da trad. Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005, v. I. ISBN 85.326.1787-5.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Mem Martins, Portugal: Europa-América, 1997. ISBN 9721042250.

INSTITUTO Antônio Houaiss de Lexicografia. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa** [CD-ROM]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O Direito Processual da Idade Média**. Porto Alegre: SAFE, 2006. ISBN 85-7525-349-2.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I (tradução da 4. ed italiana, de 1980). ISBN 85-7420-552-4.

MENDES, João de Castro. **Limites objectivos do caso julgado em processo civil**. [Lisboa]: Ática, [1968].

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V. ISBN 85-309-2217-4.

NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: RT, 1995. ISBN 85-203-1275-6.

PETIT, Eugène. **Tratado elementar de direito romano**. Trad. Jorge Luís Custódio Porto. Adaptação e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003. ISBN 85-89251-14-4.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. III. ISBN 85-02-04303-X.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro, 2001. ISBN 85-309-1276-4.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. I. ISBN 85-203-1822-3.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro, 2001. ISBN 85-309-1276-4.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1975, v. II.

VASCONCELLOS, Cesar C. L. de. **Código de Processo Civil com texto atualizado: comentários e anotações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1955.

VERGARA, Oswaldo. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1936.

4 O FORMALISMO NO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Resumo
Este estudo trata do papel das normas procedimentais no conhecimento do agravo de instrumento. Diferencia o funcionamento das normas processuais do funcionamento das normas materiais. Define formalismo excessivo. Examina os principais casos de negativa de seguimento por erros de forma.
Palavras-chave: direito processual, formalismo excessivo, agravo de instrumento.

Abstract
The study deals with the role of formal requirements in the admission of the bill of review. It shows that formal requirements and substantive rules work in different ways. It defines excessive formalism. It examines the most common formal reasons the courts declare to dismiss the bill of review.
Keywords: formal requirements, excessive formalism, bill of review.

4.1 Introdução

Em nenhum outro momento processual as exigências formais são tão exacerbadas como por ocasião do conhecimento do agravo de instrumento. Acredito que isso se deva a dois fatores: (a) a uma incompreensão do papel das formas processuais e, por conseqüência, do correto modo de aplicação das regras que as estabelecem; e (b) à necessidade fática de reduzir o número de processos nos tribunais a um número compatível com o de juízes.

Tratarei, neste artigo, do primeiro desses fatores, isto é, do papel das formas processuais no conhecimento do agravo de

instrumento. Primeiramente tentarei estabelecer o papel das formas processuais em geral e definir aquilo que considero ser a sua deturpação: o formalismo excessivo. Em seguida, examinarei os principais requisitos formais do agravo de instrumento e o modo de aplicá-los sem que degenerem em formalismo excessivo.

4.2 A instrumentalidade das formas e do processo e o conceito de formalismo excessivo

Direito material e direito processual não operam da mesma maneira. Considerando que o processo judicial tem como fim amplo fazer justiça,[148] pode-se dizer que o direito material fornece os critérios materiais para uma decisão justa (mas não só isso), e o direito processual estabelece as condições "sob as quais é mais provável que se possa esperar uma decisão de conteúdo justo."[149] Assim, falando de processo, ambas as espécies normativas possuem seu papel na obtenção da decisão justa. Mas são os critérios materiais que dizem qual dos interesses contrapostos deve prevalecer. Os trâmites processuais operam para que os critérios materiais sejam aplicados corretamente (isto é, a fatos que tenham realmente ocorrido, às pessoas certas etc.).

Tendo em mente a diferença funcional entre as normas materiais e as normas processuais, resulta claro que o descumprimento das normas materiais gera, por si, uma situação de ilicitude, de violação do direito a ser corrigida ou compensada, e que deve também ser inibida. Já o descumprimento das normas processuais não produz

---

[148] "Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado." (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 196)

[149] ZIPPELIUS, *Introdução ao estudo do direito*, p. 142.

conseqüências automáticas: é sempre necessário verificar se a finalidade do ato praticado com descumprimento da regra foi desatendida e se o seu vício causou prejuízo à parte contrária. As normas de direto processual seriam, então, menos obrigatórias? Não se trata disso. Apenas se opera com uma outra lógica: se o processo é um modo, um meio, um caminho, uma forma, ele só é juridicamente exigível quando necessário. Em outras palavras: não cabe exigir a forma pela forma. E muito menos se pode permitir que os rigores da forma acabem por inviabilizar a decisão justa.[150] Isso seria um contra-senso. Conclusão: os erros no procedimento muitas vezes podem ser desconsiderados, convalidados ou retificados (seja com a emenda ou com a repetição do ato).

A submissão das exigências formais a uma finalidade útil encontra-se amplamente desenvolvida pelo legislador infraconstitucional, em normas que compõem o princípio da instrumentalidade das formas (CPC arts. 13, 154, 214, 243, 244, 245, 249, 250, 284 e 515). A Constituição não o contempla expressamente, mas implicitamente no princípio do devido processo legal (art. 5o, LIV). “Ninguém será privado ...” – diz a Constituição. Deduz-se que, quando as partes não são privadas de coisa alguma, não têm o que reclamar em relação a falhas no procedimento. Poderá o autor, que não obteve o bem ao qual julga ter direito, contra elas insurgir-se, pois foi *prejudicado*. Dessa forma, o princípio do prejuízo (CPC, art. 250) mostra ter respaldo constitucional.

---

[150] Sobre o papel das formas e sobre formalismo excessivo e sua caracterização, os trabalhos do Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira são de referência obrigatória. Destaco os seguintes (ver referência completa ao final deste artigo): *Do formalismo no processo civil* (1997), Poderes do juiz e visão cooperativa do processo (2003) e O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo (2006).

Na mesma linha do princípio da *instrumentalidade das formas*, mas de maior amplitude, está o principio da *instrumentalidade do processo*.[151] Nas palavras de Cândido Dinamarco,

> o lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que *ele não é um fim em si mesmo* e portanto as *suas regras não têm um valor absoluto* que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes.[152]

Uma manifestação da instrumentalidade do processo está nas inúmeras hipóteses em que o descumprimento de um requisito formal não leva imediatamente à decretação de nulidade ou inadmissibilidade, mas à abertura de prazo para a regularização do ato (CPC, arts. 13, 249, 284 e 515). Em razão da complexidade inerente ao procedimento judicial, é praticamente impossível que ele transcorra sem a ocorrência de diversos erros procedimentais.[153] Se cada erro levasse sempre e peremptoriamente à inadmissão ou à decretação de nulidade insanável, graves conseqüências de direito material poderiam resultar para as partes, frustrando a obtenção de uma decisão justa, à qual o processo serve de instrumento. O oferecimento de uma oportunidade para regularização atende muito melhor aos fins do processo e deve ser um dos objetivos da atividade saneadora do juiz.

---

[151] "A instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento" (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 329)

[152] DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 326.

[153] Ver BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 410.

> A atividade saneadora do juiz, exercida ao longo de todo o procedimento, não deve ser voltada ao reconhecimento de invalidades e à extinção do processo sem exame do mérito. Ao contrário, ele tem o dever de se preocupar com a preservação, conservação e saneamento dos atos processuais, possibilitando o prosseguimento do processo até seu objetivo final.[154]

A atitude contrária a essa – a exigência da forma pela forma, a inadmissibilidade de atos que poderiam ser aproveitados, a aplicação de sanções sem o oferecimento de uma oportunidade de regularização da falha, enfim, a desconsideração do fato de que errar é humano e de que um lapso involuntário não deve servir de justificativa para uma decisão injusta – caracteriza o *formalismo excessivo* e a *denegação de justiça*.

O Brasil conta com uma legislação processual voltada ao aproveitamento dos atos processuais e ao cumprimento da função instrumental do processo. Transcrevo alguns artigos do CPC para demonstrar:

> Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. (...)
>
> Art. 154. Os atos e termos processuais *não dependem de forma determinada* senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se *válidos* os que, realizados de outro modo, lhe *preencham a finalidade essencial*.
>
> Art. 214. ... § 1o O comparecimento espontâneo do réu *supre*, entretanto, a falta de citação.

---

[154] BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 436.

Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta *não* pode ser requerida pela *parte que lhe deu causa*.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a *finalidade*.

Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam *repetidos, ou retificados*.
§ 1o O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.
§ 2o Quando puder decidir do mérito a favor da *parte a quem aproveite* a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, *devendo praticar-se os que forem necessários*, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.
Parágrafo único. Dar-se-á o *aproveitamento* dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, *determinará que o autor a emende*, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.
Parágrafo único. *Se o autor não cumprir* a diligência, o juiz *indeferirá a petição inicial*.

Art. 515. ... § 4o Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal *poderá determinar a realização ou renovação do ato*

> *processual*, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação. (Cf. Lei n. 11.276, de 7-2-2006, DOU 8-2-2006, vigente em 9-5-2006)

A regra do art. 244 já foi considerada, em um congresso mundial, "a mais bela regra do atual direito processual."[155] Lamentavelmente, a jurisprudência ainda a interpreta restritivamente, conforme se verá adiante. Deveria ser o contrário, uma vez que o nosso CPC adota como regra a liberdade das formas (art. 154).

Os países da Comunidade Européia talvez não tenham uma regra tão bela, mesmo assim a Corte Européia de Direitos Humanos não hesita em anular decisões tomadas com aplicação de "*excessive formalism involved in the access to the Court.*"[156]

A Suíça pode não ter uma regra tão bela, fato que não impede a Chancelaria Suíça de declarar, de forma conclusiva, que:

> *L'excès de formalisme est un déni de justice*, réalisé notamment lorsque l'autorité applique une règle de procédure avec une *dureté exagérée* ou impose des exigences excessives à l'égard

---

155 "Segundo proclamou o recente 'IX Congresso Mundial de Direito Processual', é em dispositivo do nosso Código de Processo Civil que se encontra a *mais bela regra do atual direito processual*, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que, 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.'" (STJ, REsp 7184/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 11-11-1991)

156 UNIÃO Européia. European Court of Human. 3539 of 27 May 2004 – *Boulougouras c. Grèce/v. Greece*, no/no. 66294/01 (Sect. 1).

> des actes juridiques, privant ainsi le citoyen d'une voie de droit d'une manière inadmissible.[157]

Segundo a Chancelaria, uma exigência de forma que não se justifique por um interesse digno de proteção, que *complique a realização do direito material*, ofende ao art. 9º da Constituição suíça de 1999.[158] E note-se que a Constituição suíça, no citado artigo, diz apenas que "Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire *et conformément aux règles de la bonne foi*."

Os E.U.A. talvez não tenham uma regra tão bela, mas as suas *Federal Rules of Civil Procedure* estabelecem que "... court at every stage of the proceeding *must disregard any error* or defect in the proceeding *which does not affect the substantial rights of the parties*." (rule 61).

O mesmo pode-se dizer do Canadá, cuja Suprema Corte já decidiu que (a) o processo deve servir para fazer efetivo o direito material; (b) que as falhas somente podem afetar o processo caso não corrigidas no momento próprio; (c) que a forma não tem precedência sobre a substância; (d) que o procedimento deve servir à justiça, e não como base para um formalismo excessivo; (e) que, se os fins da justiça assim exigirem, a Corte de Apelação *deve permitir que o recorrente emende* sua petição.[159]

No Brasil – que adota o princípio da instrumentalidade das formas e do processo, que possui "a mais bela regra do atual

---

157 SUÍÇA. Chancellerie Fédérale. *GAAC 64.133, 3.1*.

158 SUÍÇA. Chancellerie Fédérale. *GAAC 64.133, 3.1*. Diz a Constituição suíça no artigo citado: "Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi."

159 CANADÁ. Supreme Court. *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299 Date: May 29, 1997.

direito processual", e cuja Constituição adota expressamente o princípio do devido processo legal – os Tribunais não conhecem do agravo de instrumento que contenha uma mínima irregularidade, mesmo que essa não represente qualquer prejuízo à parte contrária, e não permitem que o recorrente o regularize, não importando o dano ao seus direitos que isso possa causar.

Com base nas idéias expostas até aqui, pode-se tentar identificar os valores protegidos pelas formas processuais, que seriam (a) a segurança e, através dessa, (b) a justiça. É mais *provável* que se possa contar com os próprios direitos (segurança) se a sua retirada sempre depender de procedimentos abstratos e gerais previamente estabelecidos. E é mais *provável* que se chegue a uma decisão de conteúdo justo (justiça) se garantidas condições processuais que reduzam o arbítrio, como, por exemplo, um juiz imparcial, uma efetiva oportunidade de defesa e a publicidade do processo (embora a decisão justa dependa também de *critérios de decisão materiais*).

Cada formalidade apenas se justifica se estiver voltada à realização desses valores. Se o ato é praticado sem o atendimento da formalidade, mas com a realização da finalidade desta, deve reputar-se válido. No campo do Direito Processual tem de ser assim, pena de o processo incidir em contradições insuperáveis, com a frustração de seus próprios fins.

Com esse entendimento não se está a pregar uma maior liberdade para o juiz ou um enfraquecimento das garantias processuais. O direito deve realizar-se pelas formas prevista pelo direito, segundo o *due process of law*. A introdução da racionalidade na exigência dos requisitos formais apenas valoriza o seu papel, bem como o do juiz, pois passam a cumprir mais perfeitamente as suas destinações. "O processo bem estruturado na lei e conduzido *racionalmente* pelo juiz *cônscio dos objetivos* preestabelecidos" - diz Dinamarco – "é o melhor

penhor da segurança dos litigantes."[160]

Com outras palavras, é o que afirma Alvaro de Oliveira:

> A regra de ouro nesta matéria consiste em considerar plenamente válido o ato se, realizado de outra forma, atingir a sua finalidade essencial.[68]
> Nos atuais ordenamentos não só vige, de modo geral, o princípio da instrumentalidade das formas como também os princípios da convalidação, da conservação, da causalidade, do interesse e da economia processual, todos pretendendo salvar ou diminuir as conseqüências do ato nulo, relativizando assim o desatendimento à forma em sentido estrito.
> [68] Já Heilbut, em 1886, [...] definira magistralmente *a essência da finalidade da forma*: "Nem todo descumprimento de uma forma determinada deve ter como conseqüência a ineficácia do ato processual realizado, pelo contrário, haverá ineficácia apenas e na medida em que, com desatenção da forma, for malograda a própria obtenção da finalidade para cuja segurança a forma foi estabelecida."[161]

Com isso, quis demonstrar que o emprego das formas processuais com *formalismo excessivo* contraria a finalidade para a qual são estabelecidas formas: gerar a probabilidade de uma decisão justa e em tempo hábil, o que corresponde à efetividade possível do direito material. Defendi, com base nessa idéia, um método de aplicação das normas processuais que difere dos métodos do direito material: o aproveitamento máximo do processo, desde que isso não prejudique a defesa dos direitos que cada parte defende em juízo. Tratarei agora, de verificar se os requisitos formais do recurso de agravo de instrumento também estão submetidos a esse postulado metodológico e quais as

---

[160] DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 329, grifos nossos.

[161] OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 205-206.

conseqüências disso.

4.3 Principais causas de negativa de seguimento ao agravo de instrumento

Diferentes entendimentos sobre o papel das formas no processo podem determinar o conhecimento ou ao não conhecimento do agravo. Diversos problemas referentes ao conhecimento do agravo inserem-se nesse contexto. As principais razões das negativas de seguimento de agravos de instrumento são: (a) ausência de assinatura do advogado, (b) questões ligadas ao preparo, (c) questões ligadas à tempestividade, (d) falta da providência do art. 526, (e) falta de peças facultativas e (f) falta de peças obrigatórias. Passo ao exame detalhado de cada uma delas.

4.3.1 Assinatura do advogado

A assinatura do advogado é essencial para que um texto impresso ganhe a eficácia jurídica de uma petição. A assinatura do advogado na petição de recurso não visa somente revelar a autoria do ato, mas inseri-lo no mundo jurídico. É evidente que um agravo de instrumento apócrifo não pode ser conhecido, pois poderia ter sido impresso por qualquer pessoa e, assim, não manifestar a vontade nem do advogado nem da parte. Mas isso quer dizer que o tribunal deve negar seguimento ao recurso sem oferecer uma oportunidade de regularização? Se o art. 557 do CPC for aplicado sem uma visão cooperativa do processo, o relator pode ser tentado a negar seguimento ao recurso liminarmente, pois é isso que o artigo diz que deve ser feito com o recurso manifestamente inadmissível.

A mesma questão, quando resolvida com uma visão

menos formalista, terá outra solução: com a compreensão de que errar é humano e de que, do ponto de vista da realização do direito, se perderá muito mais com o formalismo excessivo do que com o oferecimento de uma oportunidade para regularização, o tribunal perceberá que o próprio direito positivo consagra a instrumentalidade das formas e, sem dispensar de assinatura (forma valorativa, que serve de garantia das partes), intimará o advogado para fornecê-la antes de negar seguimento ao agravo. Assim praticará o formalismo valorativo, pois preservará as partes contra uma petição apócrifa e evitará a perda de um direito em razão de um erro perfeitamente humano e *sanável*.

O CPC diz que, verificado defeito de representação, o juiz dará prazo para ser sanado. Falta de assinatura não é exatamente um defeito de representação. Se a parte não tivesse de ser representada por advogado, ainda assim o documento sem assinatura seria defeituoso. Mas pode-se ler assim, com uma visão menos formalista.

O artigo 250 talvez seja mais próximo do caso (embora os tribunais digam que esse artigo se refere somente às opções referentes ao *rito* a ser adotado): ele estabelece as *conseqüências do erro de forma*: *unicamente* anulação dos atos que não possam ser aproveitados e prática dos necessários para que a lei seja observada. Com a excomunhão do formalismo excessivo, se perceberá que é exatamente o caso da petição apócrifa: a petição pode ser aproveitada, desde que se providencie a sua assinatura no prazo estabelecido, e desta forma a lei terá sido observada.

O STJ possui entendimento pacífico no sentido de que “a falta de assinatura é um vício sanável”, mas apenas na instância ordinária (EDAG 613684, REsp 434472). “*A falta de assinatura da petição na instância ordinária pode ser suprida à luz do princípio da instrumentalidade. Na instância especial, contudo, não há oportunidade de regularização e o recurso interposto*

sem a assinatura do advogado é considerado inexistente." (STJ, AgR no Ag 482827/SC, Min. Franciulli Netto, DJU 8-9-2003, p. 299).

Bem, sendo assim, ao menos na instância ordinária os tribunais intimariam as partes para regularizar o agravo de instrumento não assinado, não é? Engano: os tribunais de justiça e tribunais regionais federais, com algumas exceções (70016057887, Maria Berenice Dias), dizem que a falta de assinatura *não* pode ser suprida no recurso (TJRS 70016603797, 70016440679, 70014765952, TRF4 AI 2004.04.01.018781-3/RS), mas na 1a instância pode (TJRS 70015567480, TRF4 AI 2005.04.01.014022-9/SC).

Julgados como esses não contribuem em nada para a realização do direito, não cooperam para que se faça justiça através do processo, pelo contrário: transformam o processo em um obstáculo a tudo aquilo que o ser humano valoriza e o nosso direito protege. Julgados como esses fazem lembrar as palavras de Calmon de Passos, e observe-se que Calmon de Passos não é um autor que pregue o aumento dos poderes do juiz, a relatividade das regras positivas ou coisas do gênero. Diz Calmon de Passos:

> ... a imperfeição da conduta, no sentido de sua inadequação ao tipo legal, por si só, se acaso levasse à inexistência jurídica do ato ou a sua invalidade, *transformaria o processo em paraíso de ciladas*, em espetáculo de chicana, em arma contra aquela própria tutela do direito...[162]

Na verdade, o tribunal apenas se livra de alguns recursos, o que não ajuda em nada para que o processo alcance os seus objetivos.

---

[162] PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 110, grifo nosso.

4.3.2 Preparo

O preparo é outro exemplo. O CPC traz uma regra que diz textualmente o seguinte: “§ 2o A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.” Insuficiência não quer dizer ausência, entendem os tribunais. Não realizado o preparo, não cabe regularização, dizem. Pergunto: em que isso contribui para o resultado justo do processo? Que diferença faz se a parte deve ser intimada para recolher 99% do preparo ou 100%? Dir-se-á que, se for permitido o recolhimento total posterior, ninguém mais fará o recolhimento no prazo legal, deixando para fazê-lo quando intimado. Mas quem o faria, sabendo que isso só atrasaria um recurso que defende seu exclusivo interesse e que, na maioria dos casos, lida com tutela de urgência? Com uma visão menos formalista, se perceberá que a questão do preparo é uma questão menor se comparada com qualquer outra envolvida no processo e que o numerário não deixa de ingressar porque a parte deixou de recolhê-lo no tempo próprio: ele apenas ingressa um pouco mais tarde.

A essa idéia, de permitir a regularização do preparo inexistente, se poderia objetar que a regra é de sentido claro e que, não havendo motivo para considerá-la inconstitucional, deve ser obedecida. Está certo. Concordo com isso. Mas o erro da forma nesse caso, ou seja, o recolhimento efetuado após o prazo, traz algum prejuízo para a defesa? Se não traz, qual a razão para que não se apliquem ao caso as regras que compõem o princípio da instrumentalidade das formas? “Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.” (art. 250, § único). A interpretação restritiva desse dispositivo faz parte das tendência ao formalismo excessivo quando se trata de desafogar as pautas dos tribunais.

Além disso, etimologicamente, "insuficiente" é o que *não satisfaz*. Para a idéia de *insuficiência*, o que importa realmente é que não tenha havido "satisfação" do preparo, e importam menos a existência ou inexistência de uma *tentativa* de satisfação. O preparo não recolhido não foi satisfeito, da mesma forma que o preparo incompleto não foi satisfeito. Ambos são insuficientes, logo ambos serão motivo para intimação informando da necessidade de regularização.

Não quero dizer que insuficiência e inexistência sejam sinônimos. Longe disso, cada palavra tem seu significado distinto e bem definido. O que quero dizer é que, algumas vezes, para fins legais, inexistência se insere no conceito de não suficiência. Por exemplo:

> Art. 595. O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor.

Basta uma visão menos formalista para que se entenda que, por tratar-se de um mero defeito de forma, que não tem vinculação estrita com os direitos em discussão, sequer precisaria existir a regra do parágrafo 2o, pois mesmo sem ela o juiz deveria intimar o recorrente para que realizasse ou complementasse o preparo.

4.3.3 Tempestividade

Examinemos o seguinte caso. Um agravante interpõe o agravo de instrumento durante período em que os prazos no 1o grau estão suspensos (inspeção), mas esquece de incluir no instrumento a certidão de suspensão. Negado seguimento ao seu recurso, por intempestivo, ele interpõe agravo interno (do art.

557, § 1º) onde demonstra, desta vez com a certidão, que o agravo de instrumento era, na verdade, tempestivo. O relator reconsidera a decisão, pois o agravo era tempestivo. Alguns dias depois o relator original é substituído e o novo relator decide negar novamente seguimento ao agravo de instrumento, porque a peça essencial (a certidão) não havia sido juntada "na oportunidade própria".[163]

Nesse caso, parece-me que o ato havia alcançado o seu fim, mesmo que por uma via diferente. Que sentido há em negar seguimento depois que o incidente está esclarecido e o recurso é comprovadamente tempestivo? Mas assim os tribunais o fazem, e a explicação implicada é que as normas referentes à instrumentalidade do processo, para os tribunais, estão confinadas à matéria das *nulidades* processuais estrito senso e em hipótese alguma se aplicariam às *inadmissibilidades*.[164]

"Quando a lei prescrever *determinada forma*, sem cominação de *nulidade*" – diz o CPC – "o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade." (art. 244). A visão formalista lê assim: o CPC fala em *nulidade*, logo esse dispositivo não se aplica aos pressupostos recursais, onde o defeito leva à *inadmissibilidade*. Uma visão menos formalista

---

[163] A decisão está de acordo com a jurisprudência atual do STJ, que diz ser "inviável a juntada de qualquer documento na oportunidade da interposição do agravo regimental, pois não produz o efeito de suprir a irregularidade decorrente da não-adoção dessa providência em tempo oportuno." (STJ, AgRg no Ag 766.380/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJU 5-2-2007, p. 339)

[164] Sobre inadmissibilidade, ver MOREIRA, *Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*; MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 261-267; PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais,* p. 115-123.

leria assim: as regras referentes aos pressupostos recursais não contêm *cominação de nulidade* (pois tratam de inadmissibilidade), mas *prescrevem determinada forma*, por isso mesmo o juiz deverá conhecer do recurso quando, embora descumprido algum requisito formal, alcance a sua finalidade. A incidência do art. 244, no caso, é perfeita.

Mas os tribunais dizem que isso não se aplica aos recursos, ou seja, à grande maioria dos feitos que tramitam nos tribunais. É como dizer que o processo civil só vale para o 1o grau e que o tribunal seria *legibus solutus*.

Felizmente há exemplos, também, de decisões que dão atenção à finalidade da regra:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO COM FULCRO NO ARTIGO 525 DO CPC. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE SUA JUNTADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1. A legislação processual, ao dispor sobre o procedimento do agravo interposto contra decisões interlocutórias, preceitua, no § 1º do art. 525, do Código de Processo Civil, no que concerne à formação do respectivo instrumento, ser *obrigatória a juntada de cópia da certidão de intimação* da decisão agravada. 2. O Direito Processual Civil *consagra o princípio da instrumentalidade* das formas à luz da constatação de que os atos e termos processuais apenas dependerão de forma especial quando a lei expressamente o exigir. *Preenchida a finalidade do ato, ainda que de modo diverso, o mesmo é considerado válido* (art.154, do CPC). 3. Deveras, inspirado por esse princípio, *é de ser mitigado o rigor do art. 525*, do CPC, para, consideradas as peculiaridades do caso concreto, *dispensar a certidão de intimação do ato agravado quando possível a verificação da tempestividade do recurso*. 4. Aferida, na instância de origem, por outros meios, que o Agravo restou tempestivo, apesar da ausência de juntada da certidão de

> intimação da decisão agravada, *Pas des nullité sans grief*. (STJ, RESP 492984/RS, Min. Luiz Fux, DJU 2-8-2004)
>
> O agravado suscitou a preliminar de intempestividade do recurso porque não se detecta a juntada da certidão de intimação da decisão recorrida. Contudo, não vinga tal vertente. Exarada a decisão recorrida em 20/07/06 (fl. 11), verifica-se que no dia seguinte, ou seja, em 21/07/06, a agravante interpôs sua inconformidade. Ou seja, *patente a tempestividade do recurso, não havendo falar em imprescindibilidade da juntada da certidão de intimação* respectiva." (TJRS, AI 70016179210, decisão do Relator, Des. José S. Trindade, em 25-8-2006)

Esse é um dos casos em que a jurisprudência se dá conta de que deve prevalecer a finalidade da norma: sem certidão de intimação, mas sendo tempestivo o recurso com contagem do prazo a partir da decisão recorrida, a finalidade foi atendida. Mas se a instrumentalidade das formas não fosse aplicável aos recursos, dever-se-ia negar seguimento ao agravo também nesse caso.

Outro caso ligado à tempestividade. Quando o agravo é protocolado no prazo certo, mas no tribunal errado, parece-me plenamente aplicável a regra do CPC que diz: "Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, *remetendo-se os autos ao juiz competente*." Por que não aplicar essa regra em todas as fases do processo? Os tribunais de justiça e tribunais regionais federais costumam aplicá-la, pois é muito comum, em questões de competência previdenciária e acidentária, a ocorrência de enganos quanto ao tribunal que seria competente para apreciar o recurso. Dessa maneira, evitam que o erro de forma inviabilize o direito material em discussão e que o processo se transforme em "paraíso de ciladas" (Calmon de Passos).

Não entendem da mesma forma, lamentavelmente, o STJ

e o STF:

> Não se exime da *intempestividade* a circunstância de o recurso ter sido, *no prazo*, protocolado erroneamente em *tribunal incompetente*. (STJ, AGA 327.262/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 24-9-2001)
>
> 1. Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso protocolado intempestivamente. 3. Interposição tempestiva em Tribunal diverso do competente para a apreciação do agravo. Impossibilidade. O agravante deve *comprovar a regularidade formal* do recurso *no prazo estipulado pela lei* e ao órgão competente para a sua apreciação. 4. Agravo regimental não conhecido. (STF, AI-AgR 410402/DF, Min. Gilmar Mendes, DJU 13-12-2002, p. 91)

Ora, de quem é o *prejuízo* pela demora acrescida em razão de o protocolo ter sido feito em tribunal incompetente? Não é exclusivamente do recorrente? O recurso não alcançou a sua finalidade? A "regra de ouro", "a mais bela regra do atual direito processual" (ver n. 2, acima), parece que não ser bem-vinda nos tribunais superiores.

4.3.4 Juntada da cópia aos autos no primeiro grau

A redação atual do art. 526 do CPC é a seguinte:

> Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá *juntada, aos autos do processo de cópia da petição do agravo* de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 1995)
> Parágrafo único. O *não cumprimento* do disposto neste artigo, desde que *argüido e provado* pelo agravado, importa

inadmissibilidade do agravo. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001)

Parte da doutrina afirma que a reforma, nesse ponto, deu ênfase ao formalismo em detrimento da finalidade do ato, uma vez que o agravo poderia perfeitamente ser julgado sem a adoção da providência instituída pelo art. 526.[165] Discordo de tal entendimento. A providência do art. 526 não tem como única finalidade possibilitar a reconsideração. Ela favorece o exercício do contraditório e essa é uma das principais finalidades das formas processuais. De que forma a providência facilita o contraditório? O agravado não é intimado por ofício? Ele somente é intimado por *ofício* se domiciliado em uma comarca em que o expediente forense *não seja divulgado no diário oficial*. É certo que alguns tribunais costumam enviar o ofício mesmo para comarcas em que o expediente forense é publicado no diário oficial, mas não há garantia de que o façam e, além disso, a intimação por ofício pode não conter uma cópia do agravo e do rol de documentos.

Nesse caso a lei é taxativa e a providência é útil para o contraditório. Por mais formalista que seja, a regra não chega a contrariar a Constituição. Sendo assim, desconsiderá-la acabaria por causar insegurança e dificultar o contraditório.

4.3.5 Falta de peças facultativas

O CPC diz que a "petição de agravo de instrumento será instruída: ... II - *facultativamente*, com outras peças *que o agravante* entender úteis." (art. 525, II). Os tribunais logo passaram a ler esse artigo assim: existem peças obrigatórias e

---

[165] Por exemplo: THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 82.

peças necessárias ao conhecimento da questão e a ausência de qualquer delas torna o recurso inadmissível.[166] Dessa forma, transformou-se em *ônus* aquilo que o CPC coloca como *faculdade*. A lei atribui ao agravante a *faculdade* de juntar outras peças que ele entenda úteis. Não juntadas as peças que *o tribunal* entender necessárias, este deverá requisitá-las ao juiz, pois é para isso que serve a providência do art. 527, IV, e não apenas para saber se o juiz reconsiderou sua decisão, informação que independe de requisição, conforme previsão do art. 529.

O problema de considerar um vício de forma como motivo para inadmissibilidade, sem abrir oportunidade para regularização, nesse caso é ainda mais grave, pois pela letra da lei sequer se trataria de um vício.

---

[166] Por exemplo: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. AUSÊNCIA DE PEÇA FACULTATIVA, MAS NECESSÁRIA. DEFICIÊNCIA NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 525 C/C 544 DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 288/STF. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. I - É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não conhecer do recurso, quando verificada a ausência de peça no instrumento, ainda que facultativa, mas indispensável para a compreensão da controvérsia. Fundamenta-se nos artigos 525 e 544 do Código de Processo Civil, cumulativamente. Ademais, entende-se incidir o verbete de Súmula 288/STF. II - Desta forma, o rol descrito nos artigos 525, I e 544, § 1º da Lei Processual diz respeito, tão-somente, à formação mínima a ser dada ao agravo de instrumento. Assim, as peças ali elencadas são de obrigatória observância. Além dessas, à evidência, deve o recorrente juntar todas outras que possibilitem entendimento do litígio posto em questão. Em síntese, tem-se que as peças necessárias também devem ser trasladadas pelo agravante, sob pena do não conhecimento do recurso. Precedentes da Corte Especial.” (STJ, AgRg no Ag 780229/SP, Ministro Gilson Dipp, DJU 9-10-2006, p. 350)

Inteiramente acertado o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre essa questão, o qual faço questão de transcrever aqui:

> [T]anto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais.
> Do mesmo modo, dentro dessa visão cooperativa, impõe-se ao juiz mandar suprir qualquer falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória, embora necessária para o julgamento. O ideal, por sinal, seria que essa atividade saneadora do juiz se estendesse também às peças obrigatórias, o que contudo depende de reforma legislativa.[167]

Ainda sobre esse mesmo tema, costuma ocorrer um formalismo excessivo na seguinte situação: o agravante tem as *suas razões* para considerar incorreta a decisão agravada e forma o instrumento com as *peças necessárias à consideração das suas razões*. Quando o agravo chega ao tribunal, o relator verifica que *não compartilha da tese do agravante*, mas que haveria um *outro entendimento* também aplicável ao caso, porém dependente do conteúdo de *outras peças* dos autos. Por exemplo: a tese do agravante é que não cabem honorários na execução contra a Fazenda Pública. O entendimento do relator é de que cabem em algumas situações e não cabem em outras. Para verificação dessas situações, o relator depende de peças que não fizeram parte do instrumento pois, para a tese do agravante, elas eram irrelevantes. O que costuma acontecer nesses casos? O relator nega seguimento ao agravo, com base no art. 557, por má formação do agravo e porque “o agravo não admite instrução”. O agravante recorre da decisão, mas seu recurso é convertido em

[167] OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*.

retido, em razão da regra do art. 542 ou, se consegue subir, encontra obstáculo na jurisprudência do STJ sobre a falta de peça facultativa. Isso é o que costuma ocorrer, mas qual seria o procedimento correto? Entendo que o correto seria requisitar as informações necessárias ao juiz (art. 527, IV), intimar o agravante para trazer cópia das peças em prazo razoável (art. 250) ou, no mínimo, julgar o mérito do recurso, negando-lhe provimento (uma vez que, para o conhecimento da tese do agravante o instrumento estava completo), pois ao menos possibilitaria ao agravante buscar pronunciamento das instâncias superiores sobre a matéria de mérito.

4.3.6 Falta de peças obrigatórias

Doutrina e jurisprudência são unânimes no entendimento de que o relator deve negar seguimento liminarmente ao agravo de instrumento no qual falte alguma das peças obrigatórias, relacionadas no art. 525. Não admitem que o erro possa ser sanado: ele é insuperável e fatal. "O agravo não comporta instrução", afirmam como se a parte estivesse pedindo um absurdo ou algo explicitamente vedado em lei ou até pela Constituição, tal a rigidez que se dá a essa "regra".

Até mesmo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que vem iluminando a doutrina processual com as bases teóricas para um formalismo valorativo, apesar de afirmar que o ideal seria que a "*atividade saneadora do juiz se estendesse também às peças obrigatórias*", entende que isso dependeria de reforma legislativa.[168]

Com todo respeito a esse entendimento (que, aliás, indica

---

[168] Ver OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*.

o caminho correto, porém com um pouco mais de prudência do que tenho utilizado aqui), acredito que para a atividade saneadora, no que se refere a meros vícios de forma, não é uma reforma legislativa que se faz necessária, mas uma revolução, *uma revolução na mentalidade* dos integrantes dos tribunais.

Vejamos quais as razões invocadas para não permitir a correção do vício na formação do instrumento? Encontrei as seguintes:

a) O argumento de que "*conforme a jurisprudência, o agravo não comporta instrução.*"[169] Realmente a jurisprudência é nesse sentido, mas isso não quer dizer que não se possa indicar o seu equívoco, ou no mínimo o seu descompasso com a visão atual do processo. A origem desse entendimento jurisprudencial é antiga e remonta a decisões do STF ainda sob a égide do CPC de 1939 (súmula 288). O STJ também, desde a sua criação, adotou esse posicionamento. Em ambos os tribunais, essa jurisprudência se formou a partir de decisões pelo não conhecimento do agravo *a eles* dirigido (a Súmula 288 do STF refere-se textualmente ao "agravo para subida de recurso extraordinário"). Com base na jurisprudência do STF e do STJ, os tribunais dos estados e os tribunais regionais federais passaram a adotar o mesmo entendimento que, questionado nas instâncias superiores, restou mantido. O legislador providenciou, em 1994,[170] a base legal para o entendimento do STF e do STJ: introduziu, no parágrafo único do art. 544, a *pena de não conhecimento*,[171] para o caso de formação deficiente do agravo.

---

[169] Por exemplo: TRF4, AI 2006.04.00.035958-2, DJU 12-1-2007 e STJ, EREsp 509394/RS, DJU 4-4-2005.

[170] Lei n. 8.950/1994.

[171] O art. 544, § 1º, do CPC, estatui que: "O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, *sob pena de não conhecimento*, cópia do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da

Ocorre que *a mesma pena não foi estabelecida em relação ao agravo do art. 523*. Para este, as peças indicadas no art. 525 são obrigatórias, mas a ausência de alguma não atrai a mesma sanção estabelecida para o agravo para subida dos recursos extraordinário e especial. Como se vê, a jurisprudência que se formou com base em falsas premissas não pode servir para justificar sua própria manutenção.

b) O argumento de que "*o agravo é um recurso que visa à celeridade processual.*"[172] Quanto a isso, cabe dizer que: 1) A abertura de prazo para regularização do instrumento não interfere no andamento do processo, pois o agravo não utiliza os mesmos autos. O agravo jamais é protelatório, pois ele não tem o poder de protelar nada, uma vez que não possui efeito suspensivo a menos que concedido pelo relator e este só o concede se o agravo estiver regularmente instruído e merecer a atribuição do efeito. 2) Se a celeridade de que se fala é a do próprio agravo, isso é justamente no interesse da parte agravante, que certamente prefere que a tramitação do recurso demore um pouco mais do que vê-lo liminarmente extinto. 3) Não são os exíguos prazos conferidos às partes que causam a demora dos processos nos tribunais. As secretarias e relatores ficam com o processo parado por tempo absurdo, mesmo quando a decisão requerida é das

---

petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal."

[172] Por exemplo: TRF2, AgR 96.02.06066-2/RJ, DJU 8-8-1996; TRF4, AI 2006.04.00.035958-2 DJU 12-1-2007 e AI 2006.04.00.030004-6, DJU 22-9-2006.

mais simples.[173] Theodoro Júnior, com inteira razão, afirma que o principal fator de demora do processo são as suas "etapas mortas":

> O que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as etapas mortas, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. O processo demora é pela inércia e não pela exigência legal de longas diligências.[174]

Diante dos fatos, não é possível que alguém acredite que será um prazo adicional de 5 ou 10 dias, concedido às partes, que tornará lento o processo.

c) O argumento de que "*o ônus da correta formação do instrumento é do agravante*."[175] Fala-se como se a abertura de oportunidade para juntada de peças transferisse o ônus do agravante para o escrivão ou para o tribunal. A verificação da

---

[173] Cito como exemplo alguns casos encontrados casualmente em minha atuação profissional diária: (1) Quatro anos para julgar embargos infringentes, sem qualquer incidente entre a data do protocolo do recurso e a sua apreciação (TRF4, 97.04.29801-3); (2) Quatro anos e meio para julgar embargos infringentes, sem qualquer incidente entre a data do protocolo do recurso e a sua apreciação (TRF4, 97.04.10307-7); (3) Sete anos e meio para julgar um agravo regimental (TRF4, 1998.04.01.066405-4); (4) Cinco anos para julgar embargos de declaração nos quais se questionava apenas quem seriam os destinatários de uma intimação (TRF4, 97.04.02634-0); (5) Mais de dois anos apenas para publicar um acórdão (STF, RE 420816).

[174] THEODORO JÚNIOR, *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*.

[175] Por exemplo: STJ, EREsp 509394/RS, DJU 4-4-2005; EDcl no AgRg no Ag 753720/SP, DJU 18-12-2006 e 1a Conclusão do CETARS.

regularidade do agravo e a intimação das partes já fazem parte da rotina que compete ao tribunal. Não se está acrescentando nenhuma atividade estranha à rotina obrigatória do tribunal ou onerando-o com o dever de produzir as peças obrigatórias. O ônus continua sendo do agravante, que se dele não se desincumbir no prazo fixado, não terá seu agravo conhecido, mas desta vez não em razão de uma falha humana e perfeitamente compreensível, mas em razão de sua própria negligência ou desinteresse.

d) O argumento de que "*interposto o agravo, ocorre a preclusão consumativa.*"[176] A preclusão consumativa refere-se ao uso de uma oportunidade que é única. Uma vez usada, foi consumida, ou consumou-se. Quem já interpôs um agravo contra uma determinada decisão não pode interpor outro, mesmo que dentro do prazo. Mas daí a concluir que a juntada de uma peça que, por erro, não foi juntada no momento oportuno configure um novo recurso, ou uma alteração do anterior, parece-me um exagero. Uma coisa são as razões do agravo, que devem atender o disposto no art. 524. Esse é o recurso. Outras são as peças que o instruem, relacionadas no art. 525. Estas são anexos, que confirmam ou não as alegações do recorrente, mas que não constituem novas razões. Recorreu-se. Consumou-se o ato de interpor o recurso. Foi encontrado um erro formal. No formalismo valorativo é necessário tentar salvar o recurso, aproveitar o ato. Não fosse assim, todo o ato praticado no processo seria insuscetível de regularização, pois intocável em razão da preclusão. Não é esse o sistema do CPC, que estabelece em diversos momentos a correção das nulidades sanáveis,[177]

---

[176] Por exemplo: TRF4, AI 2006.04.00.032977-2/PR, DJU 31-10-2006; AI 2006.04.00.030267-5/PR, DJU 16-11-2006 e TRF1, AI 1997.01.00.014079-0/MG, DJU 16-10-1997.

[177] Nesse sentido, confira-se as seguintes notas de Theotonio NEGRÃO ao art. 244 do CPC: "Art. 244: 2. Ocorrendo nulidade

inclusive, agora, com referência expressa ao recurso de apelação.[178]

e) O argumento de que "*não há previsão legal de oportunidade para regularização.*"[179] Por essa tese, as modificações introduzidas no código processual civil com a edição da Lei n. 9.139/1995 teriam tornado inadmissível a juntada de peças *a posteriori* em razão de inexistir previsão legal de abertura de prazo para instrução do feito. Entendo, porém, que a ausência de previsão legal expressa não serve para privar as partes de uma oportunidade de regularização do recurso. Antes de 1995 também não havia "previsão legal de abertura de prazo", mas como o translado das peças estava a cargo do escrivão, formado o instrumento, o juiz poderia mandar juntar as peças que entendesse necessárias. É óbvio que o juiz e o escrivão, como todo ser humano, cometiam erros na formação do instrumento. Restava ao tribunal determinar a sua correção ou lançar à conta das partes o erro do serventuário. Alguns tribunais decidiam que "faltante uma das peças cujo translado era exigido por lei, deviam os autos baixar à comarca de origem para o

---

sanável, não tem lugar a extinção do processo (TFR-5ª Turma, AC 115.525-RJ, rel. Min. Pedro Acioli, j. 17.9.86, v.u., DJU 30.10.86, p. 20.816, em., *apud* Bol. AASP 1.462/312, em. 17)."

"Art. 244: 3. "O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis" (STJ-RT 659/183)."

[178] CPC, art. 515, § 4o "§ 4o Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação."

[179] Por exemplo: STJ, AgR no Ag 745460/RJ, DJU 29-6-2006 e AgRg no Ag 733406/RS, DJU 22-5-2006.

suprimento dessa omissão."[180] Contudo, essa corrente jurisprudencial resultou suplantada e, apesar de a responsabilidade pela formação do instrumento estar atribuída por lei ao escrivão, firmou-se o entendimento de que se deveria negar seguimento ao agravo, pois caberia ao advogado fiscalizar a correta formação.[181] E ainda se fala em publicização do processo, na esperança que ele esteja mais voltado para a realização de valores que interessam à coletividade. A atribuição às partes, do encargo de formar o instrumento, vai na contramão dessa tendência. Privatiza-se a justiça ali onde a situação é mais delicada. O pensamento por trás disso parece ter sido: "Já que o erro é inevitável, ele deve servir para extinção de boa parte dos recursos. Mas não fica bem continuarmos fazendo isso se o erro é nosso. O que se pode fazer? Transferir o encargo, e com ele a responsabilidade pelos erros de forma, para as partes. *Dormientibus non succurrit ius*. E não importa que o resultado final do processo seja a frustração do direito material..."[182]

Quando a atribuição de formar o instrumento era do Judiciário, percebeu-se que essa era uma tarefa extremamente

---

[180] WAMBIER, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 279, que cita TJSC, AI 1585, julg. 15-5-1980.

[181] WAMBIER, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 279-280, cita vasta jurisprudência. No mesmo sentido: "A fiscalização na formação do instrumento é ônus do agravante." (STJ, AgRg no Ag 3.287/SP, Rel. Min. Carlos Thibau, DJU 6-8-1990)

[182] Corrobora essa impressão a seguinte nota de Theotonio Negrão: "Antigamente, quando o traslado do agravo era organizado pelo cartório, justificava-se o disposto na Súmula 235 do TFR: 'A falta de peças de traslado obrigatório será suprida com a conversão do agravo de instrumento em diligência'. Agora, essa responsabilidade é do agravante (RT 242/276), de sorte que deve considerar-se revogada esta Súmula." (NEGRÃO, *CPC*, nota 525:5).

sujeita a erros, tanto que o TFR editou a Súmula n. 235. Sabendo-se que é assim, que esse é um ponto onde os erros facilmente ocorrem, constitui verdadeira afronta ao *devido processo legal* e ao *acesso à justiça* tratar o defeito ocorrido nessas circunstâncias como sendo *insanável*.

f) O argumento de que "*a regularidade formal é pressuposto de admissibilidade (doutrina) e a inadmissibilidade leva à negativa de seguimento (art. 557) liminar (art. 527).*"[183] Esse é um bom argumento e quando lido de maneira excessivamente formalista torna-se insuperável. Creio, porém, que outros dispositivos devam ser aplicados conjuntamente com os mencionados e que o processo civil brasileiro obedeça a outros postulados interpretativos, a saber, os da instrumentalidade do processo e do repúdio ao formalismo excessivo. Com base nesses postulados, procurarei justificar a tese de que *a irregularidade formal atrai apenas a atividade saneadora do juiz.*

Existem diversas espécies de requisitos de admissibilidade, sendo que alguns simplesmente estão presentes ou não estão (como a legitimidade, o interesse etc.) e outros, embora não estejam presentes em um determinado momento, podem perfeitamente ser providenciados em um momento seguinte, como a assinatura, o preparo, o endereçamento ao juiz competente, a juntada de documentos etc. O recurso não *é inadmissível* por *irregularidade formal*, mas *pode ser inadmitido* por irregularidade formal. Qual é a diferença? É que quando o vício é de forma, a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas faz com que se deva abrir prazo para complementação e, apenas se a parte não providenciar o que faltava, o recurso deverá ser inadmitido. O vício de forma não faz o recurso imediatamente inadmissível, pois a *forma* obedece

---

[183] Por exemplo: MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 509.

a outro regime antes de levar à inadmissibilidade: o da intimação para correção, decorrente dos arts. 249, 250, 284 e outros que consagram a instrumentalidade das formas.

Essa interpretação torna letra morta a expressão "liminarmente" utilizada no art. 527? Não, pois nem sempre que o CPC determina que o juiz faça algo "liminarmente" isso implica exclusão imediata de alternativas. É possível que "liminarmente" não queira, de forma tão rígida, significar "como primeira providência – antes de tudo". Que ela não tem esse significado pode-se perceber pelos arts. 295, I e 739. O art. 739 diz que o juiz rejeitará "liminarmente" os embargos nos casos do art. 295. O artigo 295 relaciona casos de indeferimento da inicial, dentre os quais a inépcia da inicial, um vício de forma. Sendo um vício de forma, a aplicação do art. 295 está condicionada à abertura de prazo para emenda da inicial, por força do art. 284. Ou seja, o magistrado não pode indeferir diretamente uma inicial, bem como não pode rejeitar diretamente os embargos, se o vício for sanável. Isso é tranqüilo na jurisprudência.[184] Mas se, após o prazo marcado para regularização, o vício permanecer, o indeferimento da inicial ou a rejeição dos embargos deverá ocorrer, e ainda se poderá dizer que ocorreram "liminarmente" pois terão precedido o exame do mérito.

Então, se "liminarmente" não quer dizer "antes de qualquer coisa", é possível aplicar a disciplina geral do CPC aos vícios de forma verificados nos agravos de instrumento. Constatado que o recurso "está" inadmissível, o relator deve

---

[184] "Inépcia da inicial: art. 295, I, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil. 1. Em princípio deve o Magistrado determinar a emenda da inicial nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil." (STJ, REsp 156759/SP, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 26-4-1999, p. 93). Outros precedentes: REsp 177769/RJ, REsp 198052/RS, REsp 38207/SP.

tomar as providências para que ele não "permaneça inadmissível", situação que levaria à negativa de seguimento.

Uma outra hipótese é a de que, talvez, a regularidade formal sequer devesse ser considerada um pressuposto de admissibilidade, como faz unanimemente a doutrina, uma vez que as formas, no nosso processo civil, são *instrumentais* (vide seção 2, acima). Alçar a forma a pressuposto de admissibilidade é colocá-la em posição de precedência sobre a substância, o que gera um sistema injusto.[185] Se a regularidade formal não for considerada um pressuposto recursal, ela não torna o recurso "manifestamente inadmissível", como exige o art. 557 para a negativa de seguimento.

Por fim, "inadmissibilidade" também não quer dizer impossibilidade de regularização. A ação rescisória também pode ser declarada inadmissível (art. 488, II), e nem por isso o erro de forma deixa de ser sanável, pois sendo uma inicial, é inafastável a aplicação do art. 284. Uma ação qualquer também deve ser considerada inadmissível em alguns casos, e isso não quer dizer que não possa, dependendo do tipo de vício, ser emendada (art. 284).

Nos E.U.A., a irregularidade formal sequer pode ser objeto de recurso.[186] Lá se tem por regularizada. Na Suíça, o

---

[185] Perfeita, nesse aspecto, a colocação feita por Robert Alexy: "Allí donde las normas procedimentales *pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales*, están exigidas *prima facie* por principios iusfundamentales. *Si no priman principios opuestos*, existe un derecho definitivo a su vigencia. Por lo tanto, por lo que respecta a la conexión entre derechos fundamentales y procedimientos jurídicos, el aspecto procedimental y el material tienen que ser reunidos en un modelo dual que garantice el *primado del aspecto material*." (ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 473-474, grifo nosso).

[186] *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 61.

Tribunal que não "agir de modo a permitir à parte prejudicada a eficaz reparação da falta" tem o seu julgamento anulado por *excesso de formalismo*:

> Por conseqüência, o juiz ou o secretário do Tribunal, ao verificarem a tempo um *defeito de forma* facilmente reconhecível numa petição, *devem agir de modo a permitir à parte prejudicada a eficaz reparação da falta*, "pois *devem servir à administração da Justiça* e conseqüentemente, sendo ainda *possível a sanação do erro*, não podem *impedir pelo silêncio* a apreciação do caso por uma instância superior (...) Esperar o Tribunal com paciência, até que a falta se torna insanável, acarretando possa mais tarde vir a parte a sofrer as conseqüências daí decorrentes, *corresponde a um formalismo excessivo*, não admitido em face do art. 4º da Constituição Federal.[187]

No Brasil, o defeito de forma no agravo é decretado de ofício e sem chance de regularização. Não há efetividade alguma em negar seguimento a um recurso que, embora irregular, seja perfeitamente reparável. Isso não atende sequer à segurança jurídica.

Na linha desse entendimento está *o novo art. 515, § 4o*, do CPC. Por força desse dispositivo, o juiz ou Tribunal, verificando no processo uma nulidade sanável, deve, de ofício, tomar as providências para que seja sanada, e não negar seguimento ao recurso. A regra indica claramente uma tendência menos formalista, que direciona ao salvamento do processo em vez de sua extinção por defeitos sanáveis.

g) O argumento de que "*o volume de trabalho nos tribunais*

---

[187] WALDER, Hans Ulrich. *Excesso de formalismo?* Tradução do alemão pelo Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 20 dez. 2006.

impõe a aplicação de extremo formalismo."[188] Para tentar reduzir o volume de trabalho dos tribunais, o Legislador alterou as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. A redução no número de recursos foi drástica. Quando o recurso é interposto sem que haja urgência, o relator deve convertê-lo em retido. Temia-se, com isso, o uso indiscriminado do mandado de segurança contra as decisões do relator, hipótese que não vem se confirmando na prática. Ou seja, os tribunais não estão mais frente à mesma realidade de dois anos atrás.

h) Cabe fazer ainda algumas considerações aplicáveis ao conjunto dos argumentos contra o conhecimento do agravo, citados acima. Após as alterações do CPC nos anos de 2005 e 2006, o agravo ficou restrito à tutela de urgência e situações que causam prejuízo grave. Bem por isso os seus requisitos de admissibilidade não devem ser exigidos de maneira excessivamente formalista e sem qualquer oportunidade de regularização. Segundo Theodoro Júnior,

> ... hoje *não se pode privar os jurisdicionados das tutelas de urgência, sem malferir a garantia de efetividade do acesso à Justiça*, também não se pode impedir, exageradamente, o manejo do recurso que fundamentalmente se liga à essência da tutela emergencial, que é o moderno agravo de instrumento.[189]

Se o risco de dano justifica antecipação de tutela mesmo que a medida seja irreversível, como doutrina e jurisprudência admitem,[190] contra a letra expressa da lei (CPC, art. 273, § 2o);

---

[188] Por exemplo: STJ, AgRg no REsp 600979 / RJ, DJU 17-10-2006; AgRg no REsp 717315 / PR, 12-9-2005.

[189] THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 80.

[190] FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários ao código de processo civil*, p. 228 e STJ, REsp 417005/SP, DJU 19-12-2002.

se o risco de dano irreparável justifica a interposição de agravo *de instrumento* contra decisão proferida na audiência de instrução e julgamento, como parte da doutrina acertadamente admite,[191] contra a letra do art. 523, § 3o; como negar uma mera oportunidade de regularização do instrumento a quem se acha em idêntica situação de perigo? E se não se tratar de idêntica situação de perigo, basta que o relator converta o agravo de instrumento em retido (CPC, art. 527, II), e não lhe negue seguimento, pois o agravo retido não depende de cópias das peças dos autos. Enfim, este é apenas mais um argumento a corroborar a tese que aqui defendo.

4.4 Conclusão

Em conclusão, não há disposição legal que vede o aproveitamento, a convalidação e a regularização do agravo de instrumento, e o moderno entendimento de que o processo é um instrumento para tornar provável uma decisão justa exige que o formalismo excessivo seja afastado do momento de verificação dos requisitos para o conhecimento do agravo.

---

[191] THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 75.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 85-7420-742-X.

CANADÁ. Supreme Court. **Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée**, [1997] 2 S.C.R. 299 Date: May 29, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-315-7.

ESTADOS Unidos da América. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <http://judiciary.house.gov>. Acesso em: 17 out. 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**: v. 4 tomo I: do processo de conhecimento. Coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva. São Paulo: RT, 2001. ISBN 85-203-1886-X.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V. ISBN 85-309-2217-4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: **Temas de direito processual** (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1994.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 3. ed. em CD-ROM. São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN 85-02-02546-5.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 7-20, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo**

civil. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 85-02-02386-1.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, 137, p. 7-31, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**. v. 90, p. 55-83, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. ISBN 85-309-0918-6.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 3, p. 673-681, lug./set. 1998.

SUÍÇA. Chancellerie Fédérale. **GAAC 64.133, 3.1**.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN 85-309-2438-X.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais**. Editora América-Jurídica, 21 set. 2004. Disponível em: <http://www.americajuridica.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2007.

UNIÃO Européia. European Court of Human. 3539 of 27 May 2004 – **Boulougouras c. Grèce/v. Greece**, no/no. 66294/01 (Sect. 1).

WALDER, Hans Ulrich. **Excesso de formalismo?** Tradução do alemão pelo Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 20 dez. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. ISBN 85-203-2843-1.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 85-7308-813-3.